Nicht f. d. Austausch

Die Kindestötung

Rechtshistorisch und rechtsvergleichend

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

an der Juristischen Fakultät

der

Friedrich Wilhelms-Universität zu Berlin.

vorgelegt von

Hildegard Handke

Gerichtsreferendarin.

Tag der Promotion: 18. Nov. 1937

Breslau-Neukirch 1937

ALFRED KURTZE

vorm. Verlag der Schletter'schen Buchhandlung

L 72

1. Gutachter: Senatspräsident Prof. Dr. Klee

2. Gutachter: Staatsrat Prof. Dr. Graf von Gleispach

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Vorbemerkung. 1

A. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Kindestötung in Deutschland, insbesondere während der Aufklärung und in den partikularen Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts! 2

I. Einleitung. 2

II. Die Rechtsentwicklung bis zur Aufklärung. 4

1. Römisches Recht. 4

2. Germanisches Recht. 9

3. Die Zeit des kirchlichen Einflusses und das kanonische Recht. 12

4. Die Constitutio Criminalis Karls V. 15

III. Das Zeitalter der Aufklärung und die partikularen Gesetzgebungen bis 1871. 26

IV. Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 und die Reformversuche bis 1933. 46

1. Das Reichsstrafgesetzbuch. 46

2. Die Reformversuche. 51

B. Das außerdeutsche Strafrecht. 59

I. Allgemeines. 59

II. Die Kindestötung. 61

III. Die privilegierte Kindesaussetzung. 77

C. Die Kindestötung im kommenden Strafrecht. 79

D. Schluß. 85

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Deutsche und ausländische Literatur.

Abegg: Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. Neustadt a. Orla. 1836.
Appleton: Goethe, das Recht und die Juristen. JW. 1932, 2933 ff.
v. Bar: Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I. Berlin 1882.
— Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II. Berlin 1907.
Behmer: Novum ius controversum. Tom. II. Lemgoviae 1771.
Beseler: Komm. über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten vom 14. 4. 1851. Leipzig 1851.
Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Bes. Teil, Bd. I. Leipzig 1902.
Bischoff: Der Geisteszustand der Schwangeren und Gebärenden. Arch. f. Krim. Antr. und Kriminalistik, Bd. 29, S. 107 ff.
Böhmer: Observationes ad Carpzov. Frankfurt a. M. 1759.
Bovensiepen: Der Kindesmord und seine Bestrafung. Zeitschr. f. Sexualwissenschaft, Bd. 8, S. 14 ff.
Carpzov: Practicae Novae Imperialis Saxonica Rerum Criminalium. pars. I. Frankfurt 1677.
Closmann: Die Kindestötung. Diss. Erlangen 1889.
Corpus Iuris Civilis: Ed.qu./dec. (Krüger-Mommsen.) Berlin 1922.
Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts. Gießen 1801.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. Tübingen 1931.
Gans: Von dem Verbrechen des Kindesmords. Hannover 1824.
v. Gleispach: Über Kindesmord. Arch. f. Krim. Antr. u. Kriminalistik, Bd. 27, S. 224 ff.
Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer, Bd. II. Göttingen 1828.
Grolman: Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft. Gießen 1798.
Groß: Kriminalpsychologie und Strafpolitik. Arch. f. Krim. Antr. u. Kriminalistik, Bd. 26, S. 67 ff.
— Handbuch für den Untersuchungsrichter. München-Berlin-Leipzig 1914.
Gummersbach: Kindesmord und Kindestotschlag. ZStrW. 54, S. 232 ff.
Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht. Allg. Teil, 2. Aufl. Berlin 1935.
— Bes. Teil. Berlin 1936.

Haberda: Zur Lehre vom Kindesmorde. Leipzig-Wien 1911.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. II. Bonn 1887.

— System des preußischen Strafrechts, Bd. II. Bonn 1868.

— Geschichte des Brandenburg-preußischen Strafrechts. Bonn 1858.

Hepp: Über den Grund der milderen Beurteilung des Kindesmordes. Arch. d. Kriminalrechts. N. F. Jahrg. 1847.

Hoche: Vorsätzliche Tötung des Kindes in oder gleich nach der Geburt. In: Bemerkungen zum Vorentwurf des StGB. Jena 1910.

Hufnagel: Kommentar über das StGB. für das Königreich Württemberg, Bd. II. Stuttgart 1842.

Jarke: Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd. III. Berlin 1830.

Jordan: Über den Begriff und die Strafe des Kindesmordes nach der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. Heidelberg 1844.

Kant: Metaphysik der Sitten. Teil I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. 1898. 3. Aufl. Herausg. von Vorländer. Leipzig 1919.

Leipziger Kommentar, herausgegeben von Ebermayer-Lobe-Rosenberg. 4. Aufl. Berlin-Leipzig 1929.

Leyser: Meditationes ad pandectas. Ed. Tertia Vol. IX. Leipzig 1748.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. Berlin-Leipzig 1927.

Martin: Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalrechts. Heidelberg 1829.

Matthes: Goethe als Jurist. JW. 32, S. 831.

Meier, Margarete: Beitrag zur Psychologie des Kindesmordes. Arch. f. Krim. Antr. u. Kriminalistik, Bd. 37, S. 313 ff.

Meister, jun.: Praktische Bemerkungen aus dem Kriminal- und Zivilrechte. Göttingen 1791.

Mittermaier: Beiträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindermordes. N. Arch. d. KrimR., Bd. 7.

Mommsen: Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.

Monumenta Germaniae Historica, herausgegeben von Pertz u. a. 1853 ff.

Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des preußischen Justizministers. Berlin 1933.

v. Olshausen: Komm. zum Strafgesetzbuch, Bd. II, 11. Aufl. Berlin 1927.

Pestalozzi: Über Gesetzgebung und Kindermord. 1783. Herausg. v. Wilker. Leipzig 1910.

Post: Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts. Oldenburg und Leipzig 1889.

— Die Grundlage des Rechts und die Grundlage seiner Entwicklungsgeschichte. Oldenburg 1884.

Quistorp: Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Teil I. Rostock, Leipzig 1794.
Ramecker: Der Kindesmord in der Literatur der Sturm- und Drangperiode. Phil. Diss. Amsterdam 1927.
Rheinische Beiträge zur Gelehrsamkeit, Bd. II. Mannheim 1780.
Roßhirt: Geschichte und System des deutschen Strafrechts, Teil II. Stuttgart 1839.
Salchow: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 3. Aufl. Halle 1823.
Spangenberg: Über das Verbrechen des Kindermords und der Aussetzung der Kinder. N. Arch. f. KrimRecht., Bd. 3.
Stenglein: Komm. über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, Teil II. München 1862.
Tittmann: Handbuch der Strafrechtswissenschaft, Teil I. Halle 1823.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bes. Teil, Bd. V. Berlin 1905.
Voigt: Die XII Tafeln, Bd. II. Leipzig 1883.
Wachenfeld: Die Tötungsdelikte. In: Das Recht, Bd. 8.
Wächter: Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts, Teil II. Stuttgart 1826.
Wainlud: Die Kindestötung. Diss. Rostock, Berlin 1905.
Weber: Das Delikt der Aussetzung. Diss Rostock 1904.
Wilda: Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.
Willenbücher: Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Großen. Breslau 1904.
Wilutzky: Vorgeschichte des Rechts, Bd. III. Berlin 1903.
Ziehm: Das Delikt der Aussetzung. Diss. Greifswald 1897.

Altmann-Jokob: Kommentar zum österreichischen Strafrecht. Wien 1928.
Goedseels: Commentaire du Code Pénal Belge. Bruxelles 1928.
Hausknecht: Die neue Strafgesetzgebung Rumäniens. Cernauti 1937.
Maurach: Strafrechtsumbruch in der Sowjetunion. Zeitschrift f. osteuropäisches Recht. N. F. 2. Jahrg. 1935/36.
Schauensee: Zur Geschichte und Kritik des Stooß'schen Entwurfs für ein Schweizerisches Strafrecht. Luzern 1897.
Stephen: A Digest of the Criminel Law. 6. Ed. London 1904.
Stooß: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. Wien-Leipzig 1913.
— Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Bd. II Basel-Genf 1893.
Vidal: Cours de Droit Criminel. Huitième Ed. Paris 1935.
Weber: Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts. Reichenberg 1929.

Motive und Entwürfe.

Motive zum revidierten Entwurf eines bayrischen Strafgesetzbuchs. München 1827.

— zum revidierten Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten, Teil I. Berlin 1833.

— zum Entwurf eines bayrischen Strafgesetzbuchs. München 1855.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Begründung. Bes. Teil. Berlin 1909.

Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. Herausg. von Aschrott und v. Liszt. Berlin 1910.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs. Berlin 1911.

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Teil 1—3. Berlin 1920.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, Teil 1 und 2. Berlin 1925.

Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und 2 Anlagen. Berlin 1927.

Verhandlungen des Strafrechtsausschusses des Reichstages über den Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs (IV. Wahlperiode 1928), Bd. II. Berlin 1932.

Erläuternde Bemerkungen zum Vorentwurf. Wien 1910.

Kadecka: Der österreichische Strafgesetzentwurf vom Jahre 1927, 2. Aufl. Wien 1931.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Schweizer Strafgesetzbuchs vom 23. 7. 1918.

Vorentwürfe eines Strafgesetzbuchs, Teil I. Herausg. von der Kommission für d. Reform d. tschechoslawakischen Strafrechts. Prag 1926.

Projet De Loi portant refonte du Code Pénal. Chambre des Députés. 1934.

Magnol: L'Avant-Projet De Révision Du Code Pénal Français (Rapport). Paris 1934.

Entwurf eines japanischen Strafgesetzbuchs. 3. Fassung vom Jahre 1936. (Unveröffentlichte Privatarbeit von K. Saito.)

Gesetze.

Kohler: Die Carolina und ihre Vorgängerin. Bd. I: Carolina. Bd. II: Bambergensis. Halle 1902.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Bd. II, Neue Aufl. Berlin 1832.

Stenglein: Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, Bd. I—III. München 1858.
Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern. Erlangen 1868.

Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 12. Berlin 1897. Das Bulgarische Strafgesetzbuch von 1896.
— Bd. 23. Berlin 1908. Strafgesetzbuch für das kaiserlich japanische Reich vom 23. 4. 1907.
— Bd. 30. Berlin 1910. Das Ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen von 1878.
— Bd. 46. Berlin-Leipzig 1927. Das türkische Strafgesetzbuch vom 1. März 1926.
— Bd. 47. Berlin-Leipzig 1928. Entwurf eines Griechischen Strafgesetzbuchs von 1924.
Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung. Wien 1787.
Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Uibertretungen. Wien 1803.
Code Pénal: Paris 1810.
— Paris 1936.
Berner Strafrechtsnovelle von 1823. Im Neuen Arch. f. KrimRecht, Bd. 7.
Criminel Wetboek voor het Koningryk. Holland (Ausgabe von Kemper). Amsterdam 1809.
Kriminalstrafgesetzbuch des Kantons Luzern vom 22. 5. 1906.
Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich nebst Änderung von 1908. Zürich 1912.
Code Pénal Du Canton Genève. Ed. Révisée. 1924.
Strafgesetzbuch für den Kanton Freiburg. 1924. Freiburg.
Infanticide Act. Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 44, S. 194.
Straf- und Strafprozeßgesetz für den Kanton Bern, Bd. I, 3. Aufl. Bern 1930.
Infant-Life-Act 1929, Kritische Vieretljahrsschrift f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 24, S. 232.
Il Nuovo Codice Pénale (Cassinelli). Roma 1931.
Texto Definitivo De La Ley 95 De 1936, Sobre Codigo Pénal. In: Diario Oficial vom 29. Okt. 1936. Ley 95. Durch Gesetz vom 21. 1. 37 zum Gesetz erklärt, in Kraft tretend 1. 1. 38.
Strafgesetzbuch der russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik. (Deutsch von Gallas.) Berlin-Leipzig 1931.
Wetboek van Strafrecht. Elfde Druck. Zwolle 1931.
Erlasse, betreffend die Strafrechtspflege für den Kanton Basel-Stadt. Basel 1932.

Das Strafgesetzbuch für die Republik Polen vom 11. 7. 1932 (Deutsch). Warschau 1932.

Code Pénal Vaudois. Genf usw. 1933.

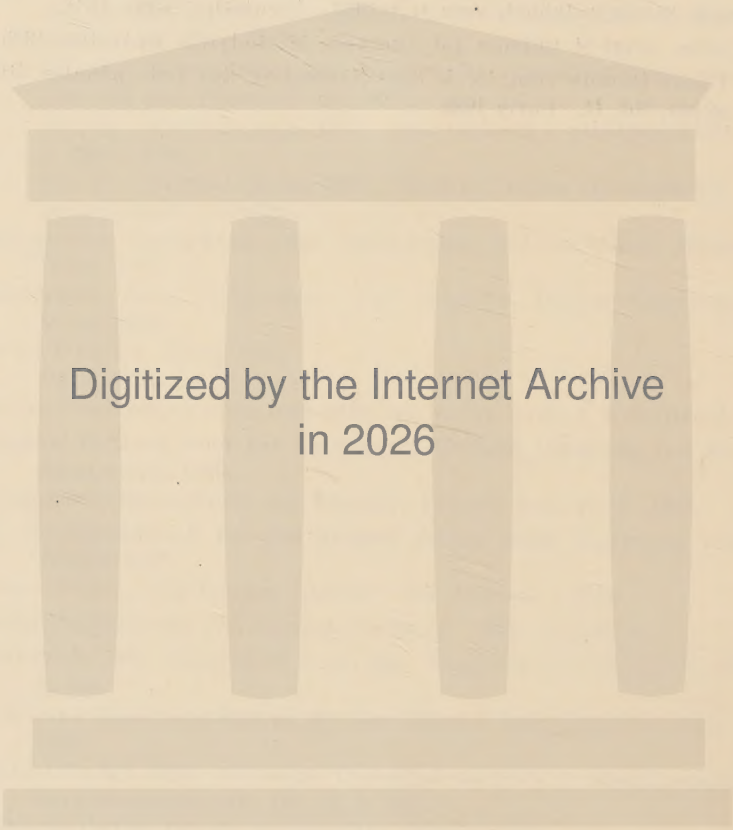
Projecto Para Un Nuevo Codigo Pénal. In: Diario Oficial vom 2. 3. 33. Durch Gesetz vom 13. 12. 33 zum Gesetz erklärt.

Código Pénal Reformado vom 27. Oktober 1932 (Manuales Reus De Derecho, Vol, LV). Madrid 1934.

Lettlands Strafgesetzbuch vom 1. 8. 1933. (Deutsch.) Riga 1934.

Les Codes. vingt-et unième Ed. (Servais Mechelynk) Bruxelles 1935.

Code Pénal Danois vom 15. 4. 1930 (Collection des Lois pénales étrangères, Bd. II. Paris 1935.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535702_0164

Vorbemerkung.

Auf dem hier behandelten Gebiet der Kindestötung sind bereits in früherer Zeit die verschiedensten Arbeiten erschienen. Schon im vorigen Jahrhundert hatte sich die Literatur in starkem Maße mit diesem Verbrechen beschäftigt, so z. B. Gans, Spangenberg, Mittermaier, Jordan und Hepp. In späterer Zeit erschienen hierüber auch Dissertationen, 1889 eine von Closmann und 1905 eine von Wainlud, und schließlich veröffentlichten, gleichlaufend mit den Reformbestrebungen Anfang des 20. Jahrhunderts, einige namhafte Gelehrte Aufsätze, in denen sie sich mit der Kindestötung beschäftigten[1]). Das Schwergewicht bei den genannten Arbeiten liegt aber zum Teil auf der dogmatischen Abhandlung, zum Teil in der Auseinandersetzung mit den legislativen Gründen einer milderen Behandlung, während die vorliegende Arbeit sich in der Hauptsache mit der rechtshistorischen Entwicklung der Kindestötung beschäftigt, und zwar im wesentlichen mit der Behandlung des Delikts in der Aufklärungszeit und in den partikularen Rechten des 19. Jahrhunderts. Soweit sich die oben genannten Arbeiten überhaupt mit der rechtsgeschichtlichen Entwicklung befaßt haben, geben sie nur einen kürzeren Überblick mit Ausnahme von Jordan, der zwar eine rein rechtsgeschichtliche Arbeit geschrieben hat, sich aber nur mit der Behandlung des Delikts in der Carolina auseinandersetzte.

Auch auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung liegen Arbeiten vor. Die bekannteste ist die von v. Liszt in der „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts" aus dem Jahre 1905. Diese Arbeit ist aber bereits zum

---

[1]) v. Liszt, v. Gleispach, Haberda usw. Vgl. zu den angeführten Arbeiten das Literaturverzeichnis.

großen Teil veraltet. Daher soll hier die Rechtsvergleichung wenigstens auf dem Gebiet der Kindestötung bis in die Gegenwart fortgesetzt werden.

Hauptaufgabe ist die rechtshistorische und rechtsvergleichende Behandlung der Kindestötung. Teilweise mußte jedoch die Kindesaussetzung mit herangezogen werden. Es ist dies aber nur insoweit geschehen, als sie mit der Tötung unmittelbar im Zusammenhang steht oder ihre Einbeziehung zur Klärung notwendig war. Im ausländischen Recht ergibt sich ein solcher Zusammenhang aus dem Gesetz nicht, daher ist in der Erörterung des ausländischen Rechts die Aussetzung grundsätzlich nicht erwähnt. Ich wollte es aber nicht unterlassen, die Staaten zu erwähnen, die in Angleichung an den privilegierten Kindestötungstatbestand einen privilegierten Kindesaussetzungstatbestand geschaffen haben.

A. I. Einleitung.

Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871, erwachsen aus dem Geist des 19. Jahrhunderts, behandelt das Verbrechen der Kindestötung als Sonderdelikt und zwar als ein milder zu bestrafendes Tötungsdelikt. Demgegenüber wird in dem neuen Reichsstrafgesetzbuch die Kindestötung nicht mehr als Sonderdelikt behandelt, sondern unter die Tötungsdelikte eingeordnet werden. Denn die Einstellung zur Kindestötung mußte eine andere werden, nachdem nicht mehr der Einzelmensch, sondern allein die Volksgemeinschaft ausschlaggebend war. Die Stellung, die verschiedene Zeiten und Völker dem Tatbestand der Kindestötung gegenüber einnahmen, ist bezeichnend für ihren Kulturzustand und ihre jeweilige weltanschauliche Haltung.

Im Urzustand und bei allen primitiven Völkern wird dem Menschenleben wenig Wert beigemessen. Der Zweck des Menschen als Erhalter des Volkes und der Rasse ist noch nicht erkannt, folglich ist kein Grund vorhanden, das Leben des Menschen zu schützen. Daher stand in der Urzeit den Eltern zweifellos ein unumschränktes Recht über Leben und Tod der Kinder zu. Das Kind wurde zumeist als Frucht und Eigentum der Eltern

betrachtet[1]). Wie über das Kind entschieden wurde, dürfte wohl davon abhängig gemacht worden sein, ob die Eltern in der Lage waren, das Kind zu ernähren oder nicht, oder ob es etwa die unentbehrliche Arbeitskraft der Frau hinderte. „Der Schutz des Neugeborenen und gar des werdenden Lebens ist erst das Produkt späterer und verfeinerter Kulturperioden“[2]). Teilweise war diese Rechtseinrichtung, die wir fast über die ganze Erde verbreitet finden, eine naturgemäße Notwendigkeit, wie z. B. bei den Nomadenvölkern, teilweise aber ergab sie sich aus der Angst vor Übervölkerung und Ernährungssorgen. Insbesondere war es üblich, die Mädchen zu töten. So war es bei den alten Arabern, Australiern und auf den polynesischen Inselgruppen gebräuchlich, Mädchen gleich nach der Geburt umzubringen[3]). Auch im alten Indien durften Mädchen ausgesetzt werden, Knaben dagegen nicht[4]). Dies kommt auch in den indischen Sagen dadurch zum Ausdruck, daß regelmäßig neben mehreren Brüdern nur eine Schwester vorhanden ist.

Diese durch die Lage geschaffene Notwendigkeit wurde schließlich bei einigen Völkern zum Brauch oder sogar zum Gebot[5]). Der Erfolg war, daß ganze Völker ausstarben. Wilutzky erzählt z. B. von dem afrikanischen Räuberstamm der Dschagga, daß es bei ihnen üblich war, die eigenen Kinder zu töten, um sich die Mühe des Aufziehens zu ersparen, und dafür die älteren Kinder der besiegten oder vernichteten Stämme als Nachkommen in sich aufzunehmen. Teilweise z. B. bei den Australnegern, und auf den Radackinseln durfte die Anzahl der Kinder eine festgesetzte Grenze nicht überschritten. Meist galt dort das Drei-Kinder-System[6]).

Fast gleichartig bei den verschiedenen Völkern war die Behandlung der mißgestalteten Kinder. Sie wurden regelmäßig gleich nach der Geburt getötet, da sie auf Einflüsse böser Geister

[1]) Post, Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts, § 43, S. 332.

[2]) Wilutzky, Vorgeschichte des Rechts, Bd. II, S. 5.

[3]) Post, a. a. O., S. 332.

[4]) Post, a. a. O., S. 334.

[5]) Wilutzky, a. a. O., führt hier die Eskimos, Mexikaner und Papuas an.

[6]) Wilutzky, a. a. O., S. 9.

zurückgeführt wurden und man in ihnen eine Quelle des Unheils erblickte[7]). Die Ansichten über anormale Geburten, wie Zwillinge, Zwitter usw. waren dagegen verschieden. Und nur dort, wo man Unheil von ihnen erwartete, wurden sie getötet. In Deutschland wurden die Zwitter zwar nicht getötet, galten aber doch als unfrei und erbunfähig[8]).

Wir können somit feststellen, daß dort, wo ein Staat nicht vorhanden war, das Leben der Kinder kaum Schutz genoß. Erst mit der Gründung und dem Ausbau von Staaten wurden Gesetze erlassen, die den Schutz des neugeborenen Lebens zum Ziele hatten. Was nach Ansicht der Gesetzgeber zu schützen ist, ob das Leben als solches oder die Erhalter und Träger des Volkes, hängt von den jeweiligen Anschauungen der Zeit ab.

II. Die Rechtsentwicklung bis zur Aufklärung.

1. Römisches Recht.

Im römischen Recht gibt es einen besonderen Tatbestand der Kindestötung im heutigen Sinne nicht. Die Frage, ob die Tötung neugeborener Kinder überhaupt strafbar war, kann nur beantwortet werden, wenn man die Strafbarkeit der Aussetzung untersucht. Daß in dem späteren römischen Recht, unter den christlichen Kaisern, die Aussetzung ebenso wie die Tötung Neugeborener verboten war und bestraft wurde, ist unzweifelhaft. Weniger klar ist aber, ob auch im älteren römischen Recht ein dahingehendes Verbot bestand, das beides unter Strafe stellte und insbesondere die Aussetzung nur faktisch häufig vorkam, oder ob die Kindestötung wie die Aussetzung straflos waren. Die Meinungen derjenigen Schriftsteller, die sich in besonderem Maße mit dieser Nachforschung befaßt haben, gehen wesentlich auseinander.

Spangenberg[9]) vertritt die Meinung, daß die Tötung und die Aussetzung neugeborener Kinder straflos waren. Sie seien bis

---

[7]) Post, a. a. O., S. 335.

[8]) Nähere Ausführungen Post, Die Grundlage des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte, § 20, S. 174.

[9]) Über das Verbrechen der Kindsmorde und der Aussetzung der Kinder, im: Neuen Archiv des Kriminalrechts, Bd. 3, S. 10—18.

in die Zeit der Gesamtkaiser Valentinian, Valens und Gratians nie als parricidium betrachtet, sondern überhaupt erst zum Verbrechen (parricidium) geworden, nachdem diese Kaiser sie mit öffentlicher Strafe bedroht hatten[10]).

Daß in ältester Zeit die Aussetzung und Tötung von neugeborenen Kindern allgemein gebräuchlich gewesen sei, beweise das Gesetz des Romulus, das später in die XII Tafeln aufgenommen wurde und das die Kindestötung nur beschränkte, nicht aufhob. Dieses Gesetz besagt, daß bei Tötung von Kindern über drei Jahren bestimmte Formen eingehalten werden sollten. Bei Kindern unter drei Jahren war die Tötung jedoch nur erlaubt, nachdem 5 Nachbarn es für mißgestaltet erklärt hatten. Man müsse also das ius vitae et necis trennen von dem Recht, neugeborene Kinder auszusetzen oder zu töten. Das erstere beziehe sich nur auf die Kinder über drei Jahren und sei das verfassungsmäßige Recht des römischen Bürgers, über Leben und Tod seiner Kinder zu bestimmen, ein Teil der patria potestas. Das zweite sei Ausfluß einer barbarischen Sitte, die allen unkultivierten Völkern eigen sei. Das ius vitae et necis sei später unter den Kaisern beschränkt und insbesondere Nachlässigkeiten in den Förmlichkeiten seien streng geahndet worden[11]). Aber erst später unter den christlichen Kaisern sei den Vätern das ius vitae et necis genommen und den Behörden zugewiesen worden[12]). Daraus ergebe sich, daß es nur für die darauffolgende Zeit gelten könne, wenn man nun die Tötung erwachsener Kinder zum parricidium rechnete (c. un. C. de his qui parentes et liberos occiderunt IX,17 (Constant.)). Daher sei auch die Kindestötung bis auf Alex. Severus nie in den Gesetzen über parricidia erwähnt worden.

Das zweite Recht, das Recht der Kindesaussetzung und Tötung, sei, wie durch die Klassiker und Kirchenväter bewiesen werde[13]), bis in die Zeit der christlichen Kaiser ungehindert aus-

---

[10]) Vgl. Spangenberg, a. a. O., S. 18.

[11]) L. 5 D. de lege pomp. de paricidiis XLVIII, 9 (Hadrian); L. 2 D. ad legem Corneliam de sicariis XLVIII, 8.

[12]) c. 3 C. de patria potestate VIII, 6 (Severus); c. un. C. de emendat. propinquor. IX, 15 (Valentinian, Valens).

[13]) Spangenberg, N. Archiv, S. 12 und dortige Literaturangabe.

geübt worden. Selbst Constantin hätte es noch nicht gewagt, die Aussetzung und Tötung schlechthin zu verbieten, sondern hätte dem entgegenzuwirken gesucht, indem er armen Eltern gestattete, neugeborene Kinder zu verkaufen[14]), denn meistenteils töteten oder setzten die Eltern die Kinder aus, weil sie nicht in der Lage waren, sie zu ernähren. Verboten worden sei die Kindesaussetzung und Tötung aber erst unter der Gesamtregierung der Kaiser Valentinian, Valens und Gratians, c. 2 C. de infantibus expositis VIII,52: unusquisque sobolem suam nutriat. Quod si exponendam, putaverit, animadversioni, quae constituta est, subjacebit und in Bezug auf die Tötung c. 8 C. ad leg. Cornel. de sicariis IX 16: si quis necandi infantis piaculum adgressus, adgressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendam.

Das ius vitae et necis, das vorher schon aufgehoben worden sei, könne auf neugeborene Kinder nicht angewandt werden, da beide, wie schon oben erwähnt, auf gänzlich verschiedener Grundlage beruhten. Die Tötung neugeborener Kinder könne auch nicht unter das parrcidium gerechnet werden, denn das Gesetz, das den Vätern das ius vitae et necis nahm, (c. un. C. de his qui parentes et liberos occiderunt IX,17) spreche nur von filii oder liberi, das sind erwachsene Kinder, während es die infantes, die neugeborenen Kinder, nicht erwähne. Auch hätte Constantin, von dem das Gesetz stamme, nicht außerdem noch nötig gehabt, der Aussetzung mittelbar entgegenzuwirken. Und ebenso wären die Verfügungen der Gesamtkaiser nicht nötig gewesen.

Spangenberg kommt aus all diesen Erwägungen heraus zu dem Schluß, daß in ältester römischer Zeit die Aussetzung und Tötung neugeborener Kinder straflos waren und erst zur Zeit der Gesamtkaiser zu strafbaren Verbrechen wurden.

Spangenberg steht jedoch mit seiner Ansicht fast allein. Von den anderen Schriftstellern wird, soweit sie sich mit dieser Materie befaßt haben, wohl mit Recht diese Ansicht nicht geteilt, sondern sie nehmen an, daß auch schon in ältester Zeit die

---

[14]) c. 2 C. de patrib. qui Filia distrax. IV, 42.

Tötung sowohl wie die Aussetzung bei Strafe verboten waren. Insbesondere sind hier Mittermaier[15]) und Jordan[16]) zu nennen.

Mittermaier weist darauf hin, daß die c. 2. C. VIII,52 de infantis. expositis wohl nicht als neues Gesetz gelten könne, da die Worte „animadversioni quae constituta est subjacebit" gerade darauf hinzuweisen scheinen, daß dieses Gesetz sich auf ein älteres berufe. Das zweite Gesetz, das die Tötung der Kinder betreffe (c. 8 C. IX, 16 ad leg. Cornel.) sei allerdings das erste Gesetz, das die Tötung von neugeborenen Kindern bestrafe. Allein die Stelle dürfte sich wohl nicht auf den Mord durch die Eltern beziehen, da die Eltern darin gar nicht erwähnt werden, was auch dem Titel „ad leg. Cornel." nicht entsprechen würde. Zudem scheinen die Worte ‚necandi infantis piaculum adgressus' sagen zu wollen, daß auch der Versuch der Kindestötung strafbar sein solle.

Jordan stellt den Gründen Spangenbergs folgendes entgegen: man könne das ius vitae et necis nicht von dem Recht der Kinderaussetzung und Tötung trennen. Das ius vitae et necis gehe auf diese alte barbarische Sitte der Kindesaussetzung und Tötung zurück, „aber nicht zu deren Begründung, sondern zu deren rechtlichen Aufhebung". Im Verlaufe der politischen Entwicklung habe sich das Volksbewußtsein umgekehrt und der bis dahin ungebundene Brauch der Kindesaussetzung und Tötung wurde nun in gesetzlicher Weise der Familie zugewiesen, deren Kern die patria potestas bildete. Daher sei es unwahrscheinlich, daß nicht auch die neugeborenen Kinder unter das ius vitae et necis fallen sollten und für sie die alte barbarische Sitte weitergegolten habe. Das Gesetz des Romulus, das später in die XII Tafeln überging, stehe zwar in Beziehung zum ius vitae et necis, setze aber ein Recht der Tötung neugeborener Kinder nicht voraus. Vielmehr sei die faktische Anmaßung eines solchen Rechts Anlaß seiner Entstehung gewesen. Da bei Kindern unter drei Jahren nur physische Ursachen zur Ausübung des ius vitae et necis führen konnten und es eben hierbei ein leichtes war, den rechtlichen Anlaß nicht genau zu nehmen, wurde hier

---

[15]) Beiträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindermords, N. Arch. d. Kriminalrechts, Bd. VII, S. 4 ff.

[16]) Über den Begriff und die Strafe des Kindsmords, S. 38 ff.

das Zeugnis von 5 Nachbarn verlangt, die die Krüppelhaftigkeit bezeugen mußten. Das Gesetz des Romulus zeige also klar, daß es schon in ältester Zeit ein Recht der Tötung neugeborener Kinder nicht gegeben habe und das faktische Vorkommen durch Subsumtion der neugeborenen Kinder unter das gesetzlich beschränkte ius vitae et necis verpönte[17]). Ferner spreche gegen die Annahme Spangenbergs, daß schon zur Zeit der Republik[18]) Gesetze liberorum procreandorum causa erlassen worden seien. Später unter Augustus erschienen außerdem die Leges Juliae de maritandis ordinibus und Pappia Poppaea. Sinn dieser Gesetze war es, die Kindererzeugung zu fördern. Dem würde aber das Recht der Kindesaussetzung und Tötung widersprochen haben. Man kann daher also annehmen, daß dieses Recht damals schon nicht mehr bestand. Diese Ansicht vertritt auch Closmann[19]) und Mommsen[20]). Er will ebenfalls in dem Recht, neugeborene Kinder auszusetzen oder zu töten, einen Teil des Gewaltrechts des Vaters sehen, kommt aber zu dem Schluß, daß die Sitte dem Vater die Aussetzung ohne weiteres freigab, „die Tötung jedoch nur bei zureichender Begründung, also nur im vorgeschrittenen Alter billigen kann".

Voigt[21]) unterscheidet zwischen hausangehörigen Kindern und solchen, die der Vater nicht in die Familie aufgenommen hatte und somit als uneheliche qualifiziert wurden. Die Tötung letzterer war schlechthin untersagt und wurde, da sie einen extraneus betraf, als parricidium bestraft. Die Tötung hausangehöriger Deszendenten durch den Pater familias sei nicht zum parricidium gerechnet worden. Durch die lex Romuli sei aber die Tötung bis zur Vollendung des dritten Jahres des Kindes verpönt und, durch tab. IV, 10 sei sie schlechthin verboten worden und unterfiel von dieser Zeit an dem parricidium.

---

[17]) Das ius vitae et necis gab dem Vater nur eine Art Richterstellung innerhalb der Familie. Er hatte bei der Entscheidung über Leben und Tod bestimmte Formen zu beachten, und es mußten triftige Gründe vorliegen.

[18]) Vgl. Jordan, a. a. O. und die dort angeführten Schriftsteller.

[19]) Die Kindestötung. Erlanger Diss 1889, S. 6, 7.

[20]) Mommsen, (Römisches Strafrecht, S. 617 ff.).

[21]) Die XII Tafeln, Bd. II, S. 301 u. 797.

Wir können also annehmen, daß die Tötung Neugeborener auch im ältesten römischen Recht nicht erlaubt war, sondern, wenn sie nicht gar als parricidium betrachtet wurde, so doch zumindest dem beschränkten ius vitae et necis unterlag. Daß sie faktisch trotzdem häufig vorkam, beweisen die Klassiker und Kirchenväter. Dies mehrte sich scheinbar unter den lockeren Sitten der Kaiserzeit, so daß nochmalige Verbote der Gesamtkaiser notwendig wurden. Diese beweisen, daß jedenfalls im späteren römischen Recht die Ausssetzung und Tötung Neugeborener verboten und mit der Strafe des parricidium bestraft wurden. Dies war die Todesstrafe. —

Diese Ausführungen können jedoch nur den Vater betreffen. Unzweifelhaft ist, daß die Mutter, der die patria potestas nicht zustand, die demnach auch nie das ius vitae et necis besaß, schon immer wegen parricidium strafbar war, falls sie ein erwachsenes oder neugeborenes Kind tötete. Dies wird von allen[22]), auch von Spangenberg, zugegeben, der hier die Gesetze über parricidium ausnahmsweise angewandt wissen will[23]). Ein Unterschied zwischen der Tötung eines ehelichen und eines unehelichen Kindes wird in den römischen Gesetzen nicht gemacht.

2. Germanisches Recht.

Wenn man von dem Recht der Germanen genaue Kenntnis erlangen will, so muß man die nordischen Rechtsquellen mit heranziehen. Einmal wegen ihrer nahen Verwandtschaft mit dem älteren germanischen Recht und sodann, weil in ihnen die Eigentümlichkeiten der alten Volksrechte noch zu finden sind, während sie in den deutschen Volksrechten durch Einfluß fremden Rechts vielfach verdunkelt wurden. Welche Rechte im allgemeinen in Betracht kommen, wird von Wilda[24]) in längeren Ausführungen dargelegt.

In den alten deutschen Rechtsbüchern finden wir nur vereinzelt Spuren über Kindestötung, es sei denn, daß diese Tötung mit unter den Verwandtenmord fiel. Dies ist jedoch wenig wahr-

---

[22]) Voigt, a. a. O., S. 797, Anm. 11; Mittermaier ,a. a. O., S. 5; Jordan, a. a. O., S. 47.

[23]) Spangenberg, S. 12.

[24]) Das Strafrecht der Germanen, S. 7—60.

scheinlich, da neugeborene Kinder in den Gesetzen nie erwähnt werden. Die ersten Spuren finden sich in dem Saalfränkischen tit. 29 § 5: Si quis infantem in ventre matris suae aut natum, antequam nomen habeat, infra VIII noctes occiderit IV denariis, qui faciunt solidos centum, culpabilis iudicetur[25]), und dem Ripuarischen Rechtsbuch tit. 36: Si quis partum in femina interfecerit, seu natum, priusquam nomen habeat centum, culpabilis iudicetur[26]). Diese Stellen behandeln allerdings nur den Fall, daß Dritte ein Kind töten, auch ist hiernach nur Schadensersatz, aber keine öffentliche Strafe verwirkt[27]).

Daß der Verwandtenmord im germanischen Recht als ein besonders schweres Verbrechen galt, das daher auch besonders gesühnt werden mußte, oder überhaupt nicht gesühnt werden konnte, ergibt sich bereits aus den frühesten Rechtsquellen[28]). Zu diesem Verwandtenmord wurde aber nicht die Tötung eines neugeborenen Kindes gerechnet, denn im germanischen Recht gab es eine Institution, die in ihrer Wirkung der römischen patria potestas ähnlich war. Das war die germanische Muntschaft. Kraft dieser Muntschaft stand dem Vater das Recht zu, über das Schicksal des Neugeborenen zu bestimmen, er konnte das Kind aufnehmen oder es durch Aussetzung dem Tode weihen[29]). Dieses Recht konnte er jedoch nicht unbeschränkt ausüben; es erlosch in dem Moment, in dem das Kind selbst ein Recht auf Leben erworben hatte. Dieser Moment war in den Volksrechten an verschiedene Tatsachen geknüpft. Insbesondere ist hier die Lustration zu nennen, eine Art Taufe, die bei den Germanen schon vor dem Christentum gebräuchlich war. Durch die Lustration wurde das Neugeborene in die Familie und die Rechtsgemeinschaft aufgenommen. Eine Tötung, die nach der Lustration erfolgte, galt unzweifelhaft schon von jeher als Verwandtenmord. Die Hords-Sage z. B. erzählt, daß man es bei den

---

[25]) Dieses Zitat ist Spangenberg, a. a. O., S. 4, entnommen.

[26]) Monumenta Germaniae Historica, Lex Ripuaria. Ed. R. Sohm, Tom. V, 1875–89.

[27]) Nähere Ausführungen vgl. Spangenberg, N. Arch., Bd. VII, S. 4 ff.

[28]) L. Rip. LXIX, 2; L. Visigoth. VI, 5, 17. (Monumenta Germaniae Historica: Leges Visigothorum. Tom. I Ed. K. Zeumer, 1902.)

[29]) Grimm, Rechtsaltertümer, Bd. I, S. 455, 1.

heidnischen Germanen als Mord bezeichnete, wenn ein Kind ausgesetzt wurde, nachdem es mit Wasser besprengt worden war[30]). Bei einigen Stämmen durfte die Aussetzung nicht mehr erfolgen, wenn das Neugeborene bereits Nahrung zu sich genommen hatte[31]).

Dies Recht der Aussetzung stand jedoch nur dem Vater zu. Die Mutter stand ebenso wie die Kinder unter der Mund des Mannes und hatte daher kein eigenes Recht, über das Schicksal der Kinder zu bestimmen. Setzte sie also ein neugeborenes Kind aus oder tötet es, wurde diese Tat wie die Tötung durch einen Dritten angesehen und war strafbar. Anderer Ansicht ist hier Spangenberg[32]), und zwar aus folgenden Gründen: Die deutschen Volksrechte erwähnen mit Ausnahme des westgotischen die Tötung neugeborener Kinder durch die Mutter überhaupt nicht[33]). Aus diesem Stillschweigen folgert Spangenberg, daß die Tötung durch die Mutter nicht als Verbrechen angesehen wurde und straflos war. Eine Bestätigung dafür sieht er in einer Vorschrift des friesischen Rechtsbuches. Der 5. Titel, de hominibus, qui sine compositione occidi possunt[34]) rechnet dazu: infans ab utero sublatus et enecatus a matre. Dagegen muß aber daran erinnert werden, daß der einzige Rechtfertigungsgrund für die straflose Tötung eines Neugeborenen durch den Vater in der Munt zu finden ist. Dieser Rechtfertigungsgrund kann aber der Mutter, die selbst unter der Munt stand, nicht zugutekommen. Es ist also unwahrscheinlich, daß die Mutter bei Tötung eines Kindes straflos war. Jedenfalls spricht das Stillschweigen der Rechtsbücher nicht unbedingt dafür, und was die Vorschrift im friesischen Recht anbetrifft, so ist die Lesart dieser Stellen nicht unbestritten. Schriftsteller wie Lindenbrok u. a.[35]), wollen die Stelle wie folgt gelesen haben: infantem ab utero matris sublatum enecat. In diesem Fall ist dann nicht von der durch die Mutter

---

[30]) Wilda, a. a. O., S. 725; Grimm, R. A., S. 457, 4.

[31]) Grimm, S. 457.

[32]) a. a. O., S. 4, 5.

[33]) Vgl. dazu auch Wilda, a. a. O., S. 727.

[34]) Monumenta Germaniae Historica: Leges Nationum Germanicarum: Lex Frisionum, tom. III Ed. K. de Richthofen, 1925.

[35]) Diese Ausführung ist Mittermaier, a. a. O., S. 7, entnommen.

erfolgten Tötung die Rede. Wenn wir also auch die Strafbarkeit der Mutter bei Tötung ihres neugeborenen Kindes annehmen müssen, so ist doch unzweifelhaft, daß diese Tötung nicht als parricidium, sondern als einfache Tötung betrachtet wurde. Dies ändert sich erst unter dem Einfluß der Kirche.

Irgendwelche besonderen Bestimmungen über die Tötung oder Aussetzung eines unehelichen Kindes seitens der Mutter, sind im alten germanischen Recht nicht zu finden.

3. Die Zeit des kirchlichen Einflusses und das kanonische Recht.

Das Christentum erklärte das Recht der Kindesaussetzung seitens des Vaters für heidnisch. Jedes Kind sollte aufgezogen und nicht ausgesetzt werden[36]). Da die Sitte aber fortbestehen blieb, wurde sie in den Volksrechten mit Strafe belegt. So berichtet z. B. das Gulathings-Gesetz, daß Olaf der Heilige die Aussetzung von Kindern verbot und eine Buße von 3 Mark festsetzte. König Magnus bestimmte sogar, daß derjenige, der ein Kind vor der Taufe aussetzte, Gut und Frieden verwirkt haben sollte. Auch sollte die Tat als großer Mord bezeichnet werden. Eben so scheint bei den Friesen derjenige, der ein neugeborenes Kind tötete, als Friedloser betrachtet worden zu sein[37]). So wurde jetzt auch die vom Vater begangene Tötung des neugeborenen Kindes, gleich ob vor oder nach der Taufe begangen, zum strafbaren Verbrechen und galt schlechthin als Verwandtenmord[38]). Als solcher galt jetzt auch die von der Mutter begangene Tötung. In den skandinavischen Rechtsbüchern, insbesondere in den norwegischen Kirchenbüchern, wird dieses Verbot sogar ausdrücklich auf Mißgeburten ausgedehnt[39]).

Subjekt der Tötung konnte also sowohl der Vater wie die Mutter sein. Und ebenso konnte das Objekt der Tat sowohl ein eheliches wie ein uneheliches Kind sein. Besondere Bestimmungen über die Tötung oder Aussetzung unehelicher Kinder seitens

---

[36]) Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 725 mit Nachweisen.

[37]) Näheres vgl. Wilda, a. a. O., S. 725, Anm. 6.

[38]) L. Visigoth. IV, 4, 1, de expositis infantibus und Jordan, a. a. O., S. 47, mit weiteren Stellenangaben.

[39]) Wilda, S. 725.

der Mutter, also Kindestötung im heutigen Sinne, sind auch jetzt noch nicht in den germanischen Rechtsquellen zu finden, es sei denn, daß man eine Verordnung des Westgotenkönigs Chindaswind († 625) dahin deuten könnte: Nihil est eorum pravitate deterius, qui pietatis immemores filiorum suorum necatores existunt. Quorum quia vitium per provincias regni nostri sic insolevisse narratur ut tam viri, quam feminae sceleris huius auctores esse repperiantur, ideo hanc licentiam prohibentes decernimus, ut, seu libera, seu ancilla natum filium filianve necaverit. Sive adhuc in utero habens aut potionem ad avorsum acceperit aut aliquocumque mode extinguere partum suum presumserit, mox proviniciae iudex aut teritorii, talem pactum reppererit, non solum operatricem criminis huius publica morte condemnet, aut si vitae reservare voluerit, omnem visionem oculorum eius non moretur extinguere. Sed etiam si maritum eius talia iusisse, vel permisisse patuerit, eundum etiam vindictae simili subdere non recuset[40]). Wenn diese Stelle auch keinen Hinweis auf die Unehelichkeit des Kindes enthält, so wird sie doch dahin gedeutet werden müssen. So auch Wilda und Jordan[41]). Häufiger sind die Bestimmungen in Hinsicht auf die Unehelichkeit des Kindes in den skandinavischen Kirchenbüchern[42]). Daß dieser Gedanke jetzt in der Gesetzgebung auftaucht, ist der Haltung der Kirche zuzuschreiben, die die Kindesaussetzung und Tötung unzweifelhaft in Beziehung zum außerehelichen Geschlechtsverkehr gebracht hat. (Regino de causis Synod. II, 68—71)[43]). Sie war es auch, die den Frauen den Rat gab, die Kinder lieber vor die Kirchentür zu legen, als sie zu töten.

Schon damals sah man den Grund zur Beseitigung des Kindes in der Angst vor Strafe und in der Rettung der Geschlechtsehre. Aber ein Milderungsgrund wurde darin nicht gesehen. Im Gegenteil, man sah darin die Häufung eines doppelten Ver-

---

[40]) L. Visigoth. VI 3, 7.

[41]) Wilda, a. a. O., S. 725; Jordan, Über den Begriff und die Strafe des Kindesmords, S. 49.

[42]) Wilda, ebenda.

[43]) Ferner: Jordan, a. a. O., S. 49 und Wilda, S. 727 mit weiteren Belegen.

brechens und strafte demgemäß. Es stand darauf Todesstrafe, obgleich diese bei Frauen im allgemeinen nicht angewandt wurde, und falls der Richter die Frau schonen wollte, Blendung beider Augen (Lex Visigoth. VI, 3,7). Meist setzten die Gesetze dabei voraus, daß die Tötung gleich nach der Geburt erfolgte, denn sie sprechen nur vom Mord an ungetauften Kindern[44]), vom Standpunkt der Kirche aus ein besonders schweres Verbrechen, da der Kirche damit eine Seele verloren ging. Hier sind also die Grundlagen für die Kindestötung wie wir sie heute verstehen, zu finden.

Das kanonische Recht bringt, wie schon erwähnt, die Kindestötung ausschließlich in Verbindung mit dem unehelichen Geschlechtsverkehr und bestraft sie mit strengen Pönitenzen. Ebensowenig wie das weltliche Recht sah das kirchliche Recht in dem Motiv der Rettung der Geschlechtsehre einen Milderungsgrund. Hier wurde der Kindesmord schlechthin zum parricidium: Regino I c. II, 68: ne germinetur scelus adulterii et homicidii — si aliqua femina clancula corrupta conceperit et pepererit — ante ianuas ecclesiae partum deportati faciat ibique projiciet, ut coram sacerdote in crastinum delatus ab aliquo fideli suscipiatur et nutriatur, et tali ex causa homicidii reatum et, quod maius est parricidii evadat[45]). Im corpus iuris canonici finden wir wenig, was hier angeführt werden könnte. Eine Stelle handelt von der Tötung eines Kindes durch die Mutter. Das ist C. 1 X de his qui filios occiderunt 5,10: veniens ad nos M. mulier latrix praesentium lacrimabili nobis confessione monstravit, quod, quum de quodam filium genuisset, et ille sibi saepe turgido vultu improperasset, quod filius eius non esset, ipsa iracundiae calore et furore animi ducta, eundum filium interfecit. In diesem Fall hat eine mildere Beurteilung stattgefunden. Statt Strafe ist nur eine Buße festgesetzt worden. Wenn auch die verletzte Frauenehre an dieser Stelle hervorgehoben wird, so ist sie doch nicht der Grund für die mildere Beurteilung. Der Grund ist, daß hier eine Tötung im Affekt angenommen wird, die eben durch die Verletzung der Frauenehre hervorgerufen wurde. Die besondere

[44]) Wilda, a. a. O., S. 727.

[45]) Diese Stelle ist dem Werk von Jordan, S. 52, entnommen. Sie wird auch von Wilda, S. 726, 727 zitiert.

Hervorhebung der Tötung im Affekt ergibt wieder, daß im gewöhnlichen Fall ein Milderungsgrund bei Tötung eines unehelichen Kindes nicht anerkannt wird. Auf diese Weise drang das Gefühl, daß die Kindestötung ein besonders schweres und verwerfliches Verbrechen sei, in das Volk ein und führte zu der strengen Bestrafung der Kindestötung in der folgenden Zeit.

4. Die Constitutio Criminalis Karls V.

In der folgenden Zeit bis zur Carolina änderte sich an der rechtlichen Auffassung über den Kindesmord nichts. Die Glossatoren verbreiteten und vertieften die Einstellung des kanonischen und römischen Rechts. Eine besondere rechtliche Behandlung wurde der Kindestötung nicht zuteil. Die den Glossatoren folgenden Kommentatoren handelten den Kindesmord zusammen mit dem Verwandtenmord ab, ohne jedoch tiefer in das Verbrechen einzudringen[46]). Daher ist auch vor der CCC noch nirgends ein fest ausgeprägter Begriff der Kindestötung zu finden. Diesen zu schaffen, blieb der Carolina vorbehalten. Auch in den einzelnen Stadtrechten war die Rechtsentwicklung noch nicht weiter fortgeschritten; auch hier herrschte zum großen Teil Unklarheit über Begriff und Bedingung der Kindestötung[47]). Die Strafe war, wenn auch im einzelnen verschieden, im allgemeinen sehr hart. Jedenfalls war grundsätzlich eine qualifizierte Todesstrafe dafür vorgesehen. Die gebräuchlichsten Strafen waren das Lebendigbegraben und das Pfählen. Eine Ausnahme machte hierin die Insel Gotland, die auch in dieser Zeit noch nur eine Geldbuße verhängte[48]). In der Bambergensis, der Vorläuferin der Carolina, finden wir bereits die Formulierung und Auffassung der Kindestötung, die wir in der Carolina haben. Die Carolina

---

[46]) Spangenberg, Über das Verbrechen des Kindesmords, S. 20.

[47]) Spangenberg, ebenda.

[48]) Guta-Lagh: Wissen soll jedes Weib ihr Bett, wann sie ihres Kindes genesen will und zu einem Zeugnis habe sie zwei Weiber bei sich, eine Nachbarin und eine Helferin, ob das Kind totgeboren sei. Wenn sie überwiesen wird, daß sie ihr Kind gemordet habe, so soll sie 3 Mark Buße geben, es sei denn, daß sie die Sache gebeichtet habe und der Priester ihr das bezeugt (Mittermaier, N. Arch., Bd. VII, S. 8, Anm. 23, entnommen).

hatte den Tatbestand der Kindestötung aus der Bambergensis fast wörtlich übernommen[49]). Daher kann die Bambergensis als partikulare Gesetzgebung der reichs-rechtlichen Gesetzgebung Karls V. gegenüber unbeachtet bleiben, insbesondere da sie nur kurze Zeit vorher entstand.

Wenn wir auch den Begriff der Kindestötung mit Ausnahme der Bambergensis nie näher definiert finden, so können wir doch annehmen, daß der Begriff der Kindestötung auch vor der Carolina im ganzen schon erfaßt war, wenn wir davon ausgehen, daß die Constitutio Criminalis Carolina keine Neuschöpfung, sondern nur eine Zusammenfassung und Vereinheitlichung der verschiedenen geltenden Rechte war, die den Schöffen als Leitfaden dienen sollte. Wenn unter diesen Umständen dann für die reichsrechtliche Regelung die Fassung des Tatbestandes der Bambergensis ohne weiteres entnommen wurde, so zeigt dies, d- diese Auffassung bereits allgemein im Volke durchgedrungen war.

Die Carolina hat verschiedentlich römisches Recht in sich aufgenommen, dies jedoch am wenigsten dort, wo die einzelnen Verbrechen behandelt werden. Der Kindesmord insbesondere geht völlig auf deutsches Recht zurück[50]).

Wenngleich auch vor der PGO. die Kindestötung teilweise schon von den anderen Tötungsarten unterschieden wurde, so wird sie doch hier zum ersten Male als völlig selbständiges Delikt behandelt. Daher ist auch eine genaue Definition erforderlich, die wir hier, wie schon gesagt, abgesehen von der Bambergensis auch zum ersten Mal finden, eine Definition, die fast der heutigen Auffassung entspricht. Das Problem war also bereits erkannt worden, wenn auch die Einstellung ihm gegenüber eine andere war.

Die Artikel, die hier heranzuziehen sind, sind die Art. 35, 36 und insbesondere 131[51]).

Art. 35 lautet: Item so man eyn Dirn so für eyn jungfraw geht, imm argkwon hat, daß sie heymlich eyn

---

[49]) Art. 156 d. Bambergensis, Ausgabe v. Kohler: „Die Carolina und ihre Vorgängerinnen", Bd. II.

[50]) Jordan, a. a. O., S. 54.

[51]) Ausgabe von Kohler, Bd. I.

kindt gehabt, und ertödt habe, soll man sonderlich erkunden, ob sie mit eynem großen ungewonlichen leib gesehen worden sei, Mer, ob jr der leib kleyner worden und danach bleych und schwach gewest sei. So solchs und dergleich erfunden wirdet, wo dann die selbig dirn eyn person ist, darzu man sich der verdachten thatt versehen mag, Soll sie durch verstendig frawen an heymlichen stetten, als zu weither erfarung dienstlich ist, besichtigt werden, würd sie denn daselbst auch argwönig erfunden, und will der thatt dennoch nit bekennen, mag man sie peinlich fragen.

Art. 36 lautet: Item wo aber das kindlein so kürtzlich ertödt worden ist, daß der mutter die milch in den prüsten noch nit vergangen, die mag in jren prüsten gemolken werden, welcher dann in den prüsten recht vollkommen milch funden wirdet, die hat deshalb ein stark vermutung peinlicher frag halber wider sich. Nach dem aber etliche leibärtzt sagen, daß aus etlichen natürlichen ursachen etwann eyne, die keyn kind getragen, milch in prüsten haben möge, darumb so sich eyn dirn in disen fellen also entschuldigt, soll deshalb durch die hebammen oder sonst weither erfarung geschehen.

Art. 131 lautet: Item welches weib jr kind, das leben und glidmaß empfangen hat, heymlicher boßhafftiger williger weiß ertödtet, die werden gewohnlich lebendig begraben und gepfelt. Aber darinnen verzweifflung zu verhütten, mögen die selben übelthätterinn inn welchen gericht die bequemlicheyt des wassers darzu vorhanden ist, ertrenckt werden. Wo aber solche übel offt geschehen, wollen wir die gemelten gewonheyt des vergrabens und pfelens umb mehr forcht willen, solcher boßhafftigen weiber auch zulassen, oder aber das vor dem erdrencken die übelthätterin mit glühenden zangen gerissen werde, alles nach radt der rechtverstendigen.

So aber eyn weibsbild, als obsteht eyn lebendig glidmessig kindlein, das nachmals todt erfunden, heymlich geboren und verborgen hett, und so die selbig erkundigte mutter deßhalb bespracht wird, entschuldigungs weiß fürgeben, als dergleichen je zu zeitten an unß gelangt, wie das kindlein on zu schuldt todt von jr geboren sein sollt, wolt sie dann solch jr unschuldt durch redlich gut ursachen und umbstende durch kundtschafft außfürn,

damit soll es gehalten und gehandelt werden, wie am vier und siebentzigsten artickel anfahend. Item so ein beklagter kundtschaft etc. funden wirt, auch deßhalb zu weither suchung antzeygung geschicht, wann on obbestimpte gnugsame beweisung ist der angeregten vermeynten entschuldigung nit zu glauben, sunst möcht sich eyn jede thätterin mit eynem solchen gedichten fürgeben ledigen. Doch so eyn weibßbild eyn lebendi glidmessig kindtlein also heymlich tregt, auch mit willen alleyn und on hilff anderer weiber geburt, welche on hilfliche geburt, mit tödtlicher verdechtlicheyt geschehen muß, So ist deßhalb kein glaublichere ursach, denn daß die selbig mutter durch boßhafftigen fürsatz vermeynt, mit tödtung des unschuldigen kindtleins, daran sie vor inn oder nach der geburt schuldig wirt, jre geübte leichtfertigkeit verborgen zu halten. Darumb wann eyn solche mörderin auff gedachter jrer angemasten unbeweisten freuenlichen entschuldigung bestehn bleiben wolt, so soll man sie auff obgemelte gnugsame anzeygung bestimps unchristlichen und unmenschlichen erfunden übels und mords halber, mit peinlicher ernstlicher frag zu bekenntnuß der wahrheyt zwingen, auch auff bekenntnuß des selben mordts zu entlicher todtstraff, als onsteht urtheylen. Doch wo eyns solchen weibs schuld oder unschuld halb gezweiffelt wird, so sollen die richter und urtheyler mit Anzeygung aller umbstende bei den rechtverstendigen oder sunst wie hernach gemelt wirdet, radts pflegen.

Da die Carolina nicht nur das materielle Strafrecht behandelt, sondern auch und zwar überwiegend das prozessuale, sind auch über die Kindestötung prozessuale Vorschriften in ihr enthalten. Und zwar in den Artikeln 35, 36. Es ist wichtig, festzustellen, daß ein enger Zusammenhang zwischen diesen beiden Artikeln und dem Art. 131 besteht, denn aus den ersteren läßt sich vieles zur Bestimmung des Tatbestandes der Kindestötung, der im Art. 131 behandelt wird, entnehmen.

Der Zusammenhang dieser Artikel ergibt sich aus folgendem: Die Art. 35, 36 stehen unter der Überschrift „vom heymlichen kinder haben, und töten durch jre mütter, gnugsam anzeygung". In beiden Artikeln wird von den Indizien einer heimlichen Tötung gesprochen, nur daß Art. 35 den Fall trifft, wo

ein totes Kind gar nicht vorhanden, aber eine Frau dieser Tat verdächtigt ist. Während Art. 36 das Vorhandensein eines toten Kindes voraussetzt und für den Fall, daß die Mutter leugnet, den Weg zeigt, die schuldige Mutter zu ermitteln[52]). Der Abs. 2 des Art. 131 spricht dann wiederum von den Indizien einer heimlichen Kindestötung. Hier wird der Fall behandelt, daß ein totes Kind vorhanden ist, die Mutter die Geburt auch nicht leugnet, aber behauptet, das Kind sei tot geboren. Damit ist auch die letzte Möglichkeit, die im Falle einer Kindestötung eintreten kann, behandelt. Dies beweist aber zugleich auch den Zusammenhang dieser drei Artikel.

Noch eine weitere Erwägung führt Jordan[53]) dazu, den Zusammenhang zwischen diesen Artikeln anzunehmen. Vom Art. 18 an werden allgemeine Grundsätze über den Indizienbeweis aufgestellt. Die Art. 33—37 insbesondere behandeln die Indizien für einzelne Verbrechen „von anzeygung so sich auff sonderlich missethatten ziehen". Die Verbrechen selbst werden später in den Art. 104 ff. behandelt, wo die Indizien nur, soweit sie zur Ergänzung notwendig sind, erwähnt werden. So behandeln denn die Art. 35, 36 die Indizien für den im Art, 131 behandelten Kindesmord.

Wichtig ist auch die Stellung des Art. 131 im System der PGO., denn sie beweist die vorher behandelte Spezialität der Verbrechen. Die Art. 130 ff. behandeln die verschiedenen Tötungsdelikte und ihre Strafen. Der Art. 137 insbesondere behandelt den Mord, Totschlag und Verwandtenmord. Alle anderen Artikel stellen mithin neben diesem selbständige Delikte dar, und so auch der Art. 131. Damit wird also die Kindestötung von den allgemeinen Tötungsdelikten und dem Verwandtenmord getrennt und erhält einen gesonderten Tatbestand.

Der Tatbestand der Kindestötung ist im Art. 131, I, enthalten. Er erfordert:

1. hinsichtlich des Subjekts: eine uneheliche Mutter,
2. hinsichtlich des Objekts: ein uneheliches neugeborenes lebendes Kind.

---

[52]) Jordan, Über den Begriff und die Strafe des Kindesmords, S. 54 ff.

[53]) a. a. O., S. 54.

Zu 1): Daß das Subjekt der Tötung nur eine Frau und nie ein Mann sein kann, ergibt sich zweifellos aus dem Art. 131 selbst. Damit scheidet der Mann als Subjekt der Kindestötung von jetzt ab aus. Ferner geht aus dem Gesetzestext klar hervor, daß nur eine Mutter die Täterin sein kann, denn Art. 131 sagt: „Welches Weib jre kindt." — Dem Art. 131 kann jedoch nicht ohne weiteres entnommen werden, daß die Täterin eine uneheliche Mutter sein muß. Dies ergibt sich erst aus Art. 131 in Verbindung mit Art. 35, 36, deren nahe Beziehungen wir vorhin feststellten. Der Art. 35 spricht von „eyn dirn so für eyn jungfraw geht". Hier setzt also der Gesetzgeber eine uneheliche Mutter voraus. Wenn dann Art. 131 von „weib" spricht, so soll damit wohl nicht der Gegensatz zu „jungfraw" gemeint sein, sondern nur darauf hingewiesen werden, daß die Täterinnen im allgemeinen Jungfrauen sind, das Delikt aber nicht allein auf diese beschränkt werden soll. Daß also auch verheiratete Frauen, die ihr uneheliches Kind töten, gemäß Art. 131 zu strafen sind[54]). (Eine Bestätigung dafür, daß „weib" hier nicht lediglich die verheiratete Frau bezeichnet, sondern nur den Gegensatz zum Mann bilden soll, sieht Mittermaier[55]) in den Art. 132, 133, die die Aussetzung und Abtreibung behandeln; Delikte, die für Ehe- wie für Nichtehefrauen passen. Mit dem Ausdruck „weib" soll nur die Eigenschaft des Verbrechens als in besonderer Beziehung zum weiblichen Geschlecht stehend angedeutet werden). Daß der Art. 131 sich nur auf außerehelich Geschwängerte bezieht, ist auch dem Nachsatz des Artikels, wo von der Entschuldigung die Rede ist, und den Worten „jre geübte leichtfertigkeit zu verbergen" zu entnehmen. Als letzter, wenn auch nicht unbedingt zuverlässiger Beweis können die mit der Carolina ungefähr gleichzeitig entstandenen Gesetze dienen, z. B. die Tiroler Landesordnung von 1536, 2. Buch, 1. Teil, die Wormser Reformation von 1498 Fol. 142, die Henneberger Landesordnung von 1539, 8. Buch, Titel V, Kap. 3[56]).

---

[54]) Diese Meinung wird auch von Jordan, a. a. O., S. 68 und Closmann, Die Kindestötung, S. 13, vertreten.

[55]) Beiträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindesmordes, S. 9; auch Jordan, a. a. O., S. 68, 69.

[56]) Angaben bei Mittermaier, N. Arch., Bd. VII, S. 11, Anm. 26, 27, 28.

Die Carolina betont bei der Behandlung der Kindestötung an einigen Stellen die Heimlichkeit der Schwangerschaft und Geburt. Im Art. 35 wird gesagt: „daß sie heymlich in kindt gehabt", und im Art. 131 „heymlicher boßhafftiger williger weiß ein kindt ertödtet und heymlich geboren und verborgen hett". Daraus folgerten einige Schriftsteller im 19. Jahrhundert, daß die heimliche Geburt ebenso wie die heimliche Tötung Tatbestandsmerkmal sei[57]) und gingen dabei von der Annahme aus, daß die PGO. den Kindesmord nur dann gemäß Art. 131 bestrafe, wenn das Motiv der Rettung der Geschlechtsehre vorliege. Gans[58]) verlangt daher zum Tatbestand eine „dreifache konkurrente Verheimlichung" und zwar die der Schwangerschaft, der Geburt und der Tötung, da nur dann die Schande verborgen bleiben könne. Diese Ansicht vertritt auch Grolman[59]), während Wächter[60]) annimmt, daß erst die Praxis des 18. Jahrhunderts die Heimlichkeit der Schwangerschaft als Tatbestandsmerkmal forderte.

Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Art. 131 nur dann angewandt haben wollte, wenn das Motiv der Tötung die Rettung der Geschlechtsehre war. Vielmehr wurde mit den angeführten Stellen lediglich ausgedrückt, daß dies meist Motiv der Tötung sein werde[61]) und dies bekannt sei, ohne jedoch, wie wir noch sehen werden, dieselbe Folgerung daraus zu ziehen wie eine spätere Zeit. Wenn aber das Motiv für den Tatbestand des Art. 131 nicht notwendig war, dann gehörte zum Kindesmord im Sinne der PGO. auch nicht die Verheimlichung der Schwangerschaft und der Geburt. Die Verheimlichung kann nur ein Beweis für den Tötungsvorsatz gewesen sein und diese Bedeutung kommt diesen Stellen wohl auch zu. Denn da die Kindestötung in der PGO. zu den vorsätzlichen Tötungsdelikten gehört, wie sich aus der Überschrift „hernach volgen etlich böse tödtung"

---

[57]) so Jordan, a. a. O., S. 73 ff. (85); Gans, Von dem Verbrechen des Kindesmords, S. 31; Closmann, a. a. O., S. 14 u. a.

[58]) a. a. O., S. 34, 35.

[59]) in: Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, § 278.

[60]) Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts, 2. Teil, S. 158.

[61]) So werden diese Stellen auch von Spangenberg (N. Arch. III, S. 28 ff.), Mittermaier (N. Arch. VII, S. 324) und Hepp (Über den Grund der milderen Beurteilung des Kindermordes, N. Arch. 1847, S. 210, 211) ausgelegt.

und aus den Worten des Art. 131 selbst „boßhafftiger williger weiß ertödtet" ergibt, war der Beweis des Vorsatzes wesentlich und im Falle der Verheimlichung leichter.

Zu 2): Das Objekt der Tötung ist, wie aus dem vorher Gesagten schon hervorgeht, ein uneheliches Kind. Als solches gilt auch das Kind einer verheirateten Frau, wenn es nicht innerhalb der Ehe gezeugt wurde.

Daß es auch ein neugeborenes sein mußte, wurde in dem Gesetzestext nicht ausdrücklich gesagt, dies muß aber dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes entnommen werden. Hierin liegt schließlich der Unterschied zum Verwandtenmord. Eine Mutter, die ihr uneheliches, aber erwachsenes Kind tötet, begeht zweifellos einen Verwandtenmord. Auch daß als Motiv der Tötung in den meisten Fällen das Verbergen der Schande angenommen wurde, spricht dafür. Denn würde das Kind nicht bald nach der Geburt getötet, so würde die Geburt des Kindes nicht lange verborgen bleiben können. Es ist allerdings an sich unklar, welches Kind als neugeborenes gilt, d. h. welche Zeitspanne dieser Begriff umfaßt. Aber auch dies muß dem Motiv entnommen werden. Es darf jedenfalls zwischen Geburt und Tötung kein so großer Zeitraum liegen, daß das Motiv hinfällig wird. Der Ausdruck im Art. 131 „inn vor oder nach der geburt" fixiert ja auch den Zeitpunkt, um die Geburt herum und beweist damit zugleich das eben Behauptete, nämlich daß das Kind ein neugeborenes sein mußte.

Die Carolina verlangt aber darüber hinaus, daß das getötete Kind ein „lebendig glidmessig kindtlein" gewesen sein muß. Über die Bedeutung des glidmessig" entstand in der Literatur Streit. Zum Teil wurde angenommen, daß damit gemeint sei, das Kind müsse lebensfähig gewesen sein, d. h. fähig, getrennt von der Mutter weiterzuleben. So z. B. wenn auch unklar, Mittermaier[62]), der aber wiederum selbst zugibt, daß der Begriff Lebensfähigkeit erst in einer späteren Zeit durch die gerichtliche Medizin gebildet wurde und somit der damaligen Zeit unbekannt war. Es müssen hier die bei Jordan[63]) und Mittermaier[64]) angeführten

---

[62]) N. Arch. VII, 2. Stück, S. 318, 319.
[63]) a. a. O., S. 95.

Übersetzungen der betreffenden Stellen durch Remus und Gobler angeführt werden, die lauten:

Remus: „foetum vivum et forma naturae congruente praeditum" und „vitalem et humana membra distincte habentem".

Gobler: „Si quis mulier partum suum qui vitam ac membra accepisset etc."

Hier wird also der Begriff gliedmäßig im Gegensatz zum Begriff monstrum gebraucht. Diese Auffassung ist auch als die richtige anzuerkennen, der sich auch Jordan[65]) und Spangenberg[66]) angeschlossen haben. Gliedmäßig bedeutet einfach ein Kind, das alle Gliedmaßen empfangen hat, mithin ein Mensch und kein Monstrum ist. Allerdings muß dieses Kind nicht nur ein gliedmäßiges, sondern auch ein lebendes sein, da an einem toten ein Tötungsdelikt nicht begangen werden kann.

Zu einem weiteren Streit gab die im Art. 131 verhängte Strafe für Kindestötung Anlaß. Wir sahen oben schon, daß sich bereits vor der Carolina eine der schwersten Todesstrafen für den Kindesmord durchgesetzt hatte, nämlich das Lebendigbegraben oder Pfählen. Der Art. 131 nun führte diese Strafe als die gewöhnlich gebräuchliche an, änderte diese Strafe aber grundsätzlich „um verzweifflung zu verhüten" um in die Strafe des Ertränkens für den Fall, daß Gelegenheit dazu vorhanden war. Nur dort, wo das Verbrechen oft vorkam, sollte die härtere Todesstrafe, die erstgenannte, doch verhängt werden. Ratio: um mehr forcht willen. In dieser Bestimmung wollten später, insbesondere während der Zeit der Aufklärung, die einen eine Milderung der Strafe mit Rücksicht auf das Motiv erblicken. Sie sahen darin bereits die Anfänge des Privilegierungsgedankens ihrer Zeit[67]). Diese Ansicht kann aber im Hinblick auf die damalige Einstellung zum Kindesmord und den Wortlaut des Gesetzes nicht unterstützt werden. Das Gesetz selbst spricht von

---

[64]) N. Arch. VII, 2. Stück, S. 318, 319.

[65]) a. a. O., S. 93.

[66]) a. a. O., S. 27.

[67]) so z. B. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. II, S. 59 und System des preußischen Strafrechts, Bd. II, S. 104. Ferner Closmann, Die Kindestötung, S. 15.

einem „unchristlichen und unmenschlichen erfunden übel", das an einem „unschuldigen kindtlein" begangen wurde. Diese Worte drücken klar den Abscheu des Gesetzgebers vor diesem Verbrechen und, daß es ihm empörend und unnatürlich erschien, aus. Bei einer derartigen Einstellung hatte also der Gesetzgeber keine Veranlassung, den Kindesmord milder zu bestrafen, obgleich ihm das Motiv bekannt war. Im Gegensatz zur späteren Zeit wurde das Motiv nicht zugunsten der Mutter beachtet, sondern im Gegenteil, es wurde als besonders schwer empfunden, wenn die Mutter den einen Fehltritt dadurch zu verbergen suchte, daß sie ein Verbrechen beging. Darin lag, wie Hepp[68]) sagt, „so wenig Empfehlendes, daß es den Tadel auf die Mutter nur noch häuft". Es war also nicht die Absicht der PGO., die Kindestötung milder zu bestrafen[69]) und damit als leichtes Verbrechen zu charakterisieren, sondern Sinn der Einführung der Strafe des Ertränkens war, die allzu grausamen Strafen des Mittelalters in ihrer Anwendung zu beschränken und allmählich abzuschaffen. Für die Frauen war dies auch vorher schon zum Teil geschehen. Zudem galt auch die Strafe des Ertränkens nicht als einfache Todesstrafe, sondern zählte zu den qualifizierten Todesstrafen, die auch bei anderen Delikten, z. B. Art. 124, 130, 139, 160 an Stelle besonders schwerer Todesstrafen trat[70]). Daher ist die Milderung der Strafe nicht mit dem Motiv der Kindestötung in Verbindung zu bringen, sondern lediglich mit den Absichten der Carolina im allgemeinen, die dahin gingen, die Strafarten humaner zu gestalten. Sodann ist die Strafe des Ertränkens auch nicht durchweg eingeführt. Nur, soweit Gelegenheit zum Ertränken vorhanden ist. Das Gesetz bestimmte auch ausdrücklich, daß die alte Todesstrafe anzuwenden sei, wenn das Delikt in einer Gegend besonders häufig begangen wurde, oder aber die Täterin sollte vor dem Ertränken mit glühenden Zangen gerissen werden.

[68]) Über den Grund der milderen Beurteilung des Kindesmords, Arch. N. F. 1847, S. 199.

[69]) Hepp, a. a. O., S. 189; Jordan, a. a. O., S. 115, 116; Mittermaier, a. a. O., S. 12; Jarke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd. III, S. 270; aber auch ältere Kriminalisten vertreten diese Ansicht: Carpzov, Qu. IX, Nr. 25, 27, 28; Böhmer, Observationes ad Carpzov IX, Observ. III.

Die Aussetzung behandelt die Carolina im Art. 132, also getrennt von der Tötung. Ihren Tatbestand hat der Gesetzgeber bedeutend weiter gefaßt als den der Tötung, wenn er auch an die Weite des heutigen Tatbestandes nicht heranreicht. Der Art. 132 definiert den Tatbestand wie folgt:

„Item so eyn weib jr kind, umb das sie des abkumm von jr legt und das kind wird funden, und ernert die selbig mutter soll, wo sie des überwunden und bedretten wird nach gelegenheyt der sach und radt der verstendigen gestrafft werden, stürb aber das kind von solchem hinlegen, so soll man die mutter, nach gelegenheyt des geuerlichen hinlegens am leib oder leben straffen."

Während die CCC. im Art. 131 fast wörtlich dem Art. 156 der Bambergensis gefolgt ist, geht der Art. 132 tatbestandsmäßig über den Art. 157 BHG. hinaus. Art. 157 bedroht nur die Mutter eines unehelichen Kindes mit Strafe. Die Carolina dehnt aber mit Recht den Tatbestand auf die eheliche Mutter aus[71]). Dies ist zugleich eine Erweiterung gegenüber dem Tötungstatbestand. Eine andere Erweiterung hat der Tatbestand der Aussetzung hinsichtlich des Objekts erfahren. Wohl werden ebenso wie bei der Tötung nur Kinder durch das Gesetz geschützt. Jedoch wird der Tatbestand nicht auf neugeborene Kinder beschränkt. Er erfaßt alle Kinder, die wegen ihrer Jugend nicht fähig sind, sich selbst zu helfen[72]). Ein Gefährdungsvorsatz ist begrifflich für die Aussetzung nicht erforderlich. Es genügt die Absicht der Entledigung, „umb dass sie des abkumm". Somit wird schon die verbrecherische Pflichtverletzung der Mutter gegenüber dem Kinde, zu dessen Ernährung und Fürsorge sie verpflichtet ist, bestraft. Deutlich wird also in der Carolina „zwischen dem animus abdicandi und dem beim Kindesmord wesentlichen animus necandi unterschieden"[73]). Eine

---

[70]) Jordan, a. a. O., S. 111 Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bes. Teil, Bd. I, S. 31.

[71]) Weber, Das Delikt der Aussetzung, S. 11; Ziehm, Das Delikt der Aussetzung, S. 12.

[72]) Ziehm, a. a. O., S. 12.

[73]) Ziehm, ebendort.

Unterscheidung, die wir im älteren deutschen Recht nicht haben, auch nicht haben können, da dort lediglich eine Erfolgshaftung eintritt. Die Möglichkeit des Eintritts des Todes wird durch den Art. 132 nur bei Zumessung der Strafe berücksichtigt.

III. Das Zeitalter der Aufklärung und die partikularen Gesetzgebungen bis 1871.

Im Laufe des 18. Jahrhunderts änderte sich die Rechtsanschauung über den Kindesmord wesentlich. Bedingt durch die Gedanken der Aufklärung und der Humanität. Einer der ersten Rechtswissenschaftler, der das Motiv bei dem Verbrechen der Kindestötung in den Vordergrund stellte, war Leyser[74]). Er rechtfertigt zunächst die besondere Behandlung des infanticidium neben dem parricidium damit, daß im römischen Recht die Tötung der Kinder durch die Eltern straflos gewesen sei. Auch sei die sittliche Pflicht der Eltern zu den Kindern eine andere, so daß die Tötung der Eltern strafbarer sei als die der Kinder. Sodann spricht er von dem Motiv der Tötung, das regelmäßig in dem Streben, die Ehre zu bewahren und in der Furcht vor Schande bestehe. Für diesen Fall sei die bestehende Todesstrafe zu hart, die des Schwertes sei ausreichend. Diese milde Bestrafung sollte jedoch nur dann eintreten, wenn dieses Motiv gegeben war, „nicht wenn die Tat lucri vel libidinis causa geschah". Leyser blieb mit seiner Ansicht nicht allein. Auch Männer, die mit dem Strafrecht nicht oder wenig in Berührung kamen, beschäftigten sich mit dieser Frage.

Da ist einmal Pestalozzi[75]) zu nennen. Er lehnt die Todesstrafe unbedingt ab, da sie nicht geeignet ist, dem Verbrechen Einhalt zu tun. Jedenfalls ist die Vorstellung der fernerliegenden eventuellen Todesstrafe nicht stark genug, die uneheliche Mutter, die sich in einer verzweiflungsvollen Lage befindet, von dem Tun zurückzuhalten. Im übrigen fragt er[76]), „was tut denn ein Mädchen gegen den Staat, wenn es sein Kind mordet?"

---

[74]) Meditationes ad pandectas, S. 698, 699.

[75]) Über Gesetzgebung und Kindesmord, 1783, herausg. v. Wilker, 1910.

[76]) a. a. O., S. 28.

und antwortet: „Es tut in Beziehung auf den Staat nichts anderes, als daß es sucht, kinderlos zu bleiben, weil der Staat will, daß es kinderlos sei und ihm droht, wenn es nicht kinderlos ist." Er versucht die verzweiflungsvolle Lage der unehelichen Mutter zu beschreiben und will durch bessere Erziehung der unteren, aber auch der höheren Stände, in denen die Verführer meist zu finden waren, dem Verbrechen entgegenwirken.

Interessant ist die Stellung Friedrichs des Großen zu diesem Problem. In Preußen war durch Friedrich Wilhelm I. die Strafe des Säckens eingeführt worden, die durch die Edikte vom 20. August 1720 und vom 22. November 1723 noch erweitert und verschärft wurde[77]). Friedrich, der diese strenge Strafe für nicht gerechtfertigt erachtete, beseitigte bald nach seinem Regierungsantritt diese grausame Art der Todesstrafe, die an sich beibehalten wurde, durch die Kabinettsorder vom 31. Juli und durch Reskript vom 7. August 1740. Er ordnete darin die einfache Enthauptung an[78]). Bei Behandlung des Problems trat allmählich die Ansicht in den Vordergrund, daß es mehr darauf ankomme, das Verbrechen zu verhüten als es zu bestrafen. Diese Gedanken sind auch in der Dissertation Friedrichs des Großen von 1749 zu finden, indem er sagt: „Voudrait-il pas mieux trancher le mal pas ses racines et conserver tant de pauvres créatures qui périssent miserablement, en abolissant les flétrisseures attachées aux suites d'amour imprudent et volage"[79]). Das Humanitätsprinzip hatte also nicht nur eine mildere Beurteilung des Verbrechens, sondern auch sozialpolitische Gedanken gebracht. Es wurde versucht, durch Vorbeugungsmaßregeln dem Verbrechen zuvorzukommen. Die Edikte und Reskripte Friedrichs des Großen entsprachen den Gedanken, die er in seiner Dissertation vertrat. Am 17. August 1756 erließ er das Edikt zur Verhütung des Kindermords und am 8. Februar 1765 das „Edikt wider den Mord neugeborener unehelicher Kinder, Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft"[80]).

[77]) Vgl. dazu die Ausführungen v. Willenbücher, „Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs d. Großen", S. 45.

[78]) Hälschner, Geschichte des Brandenburg-preuß. Strafrechts, S. 182. — Willenbücher, a. a. O., S. 45.

[79]) Willenbücher, S. 45.

[80]) Behmer, Novum ius controversum II, S. 445 ff.

Durch § 5 wurden die bisherigen Strafen für einfache Unzucht aufgehoben, „damit endlich die in Unehren schwanger gewordenen Weibes-Leuthe umsoweniger Bedenken finden mögen, ihre Schwangerschaft bekannt werden zu lassen." Selbst die Literatur griff das Problem auf und behandelte es in allen möglichen Arten, in Volksliedern und Dramen, um so Mitleid und Verständnis für die Täterinnen zu erregen. Meist waren die Täterinnen einfache Bürgermädchen, die von den hochmütigen und leichtsinnigen jungen Adligen und Herrschaftssöhnen verführt und verlassen wurden[81]). Auch Goethe hatte sich mit diesem Verbrechen beschäftigt. Schon als er zum Lizentiaten promovierte, lautete seine 55. These, die er verteidigte, „Soll ein Weib, das sein neugeborenes Kind tötet, am Leben bestraft werden?"[82]). Später verwertet er den Stoff in seinem Faust. Aber anders als seine Stellung als Dichter zu diesem Problem ist die als Mensch und Staatsmann. Als Goethe 1783 Mitglied des Weimarer Conseils war, war eine junge Frau, weil sie ihr uneheliches neugeborenes Kind getötet hatte, zum Tode verurteilt worden. Karl August, von dem Schicksal der jungen Frau erschüttert, fragte seine Ratgeber um Rat. Goethe sprach sich für die Todesstrafe aus[83]). Es waren also zunächst nur einzelne Stimmen, die sich gegen die Todesstrafe wandten, aber diese wurden die Vorläufer für das Zeitalter der Aufklärung. Mit ihm beginnt eine Zeit, in der eine völlig neue Auffassung vom Kindesmord entstand. Ein humaner Geist durchdrang jetzt auch dieses Gebiet. Die Behandlung dieses Problems wurde zum bevorzugten Thema, insbesondere, als Freiherr von Dalberg und Michaelis 1780 eine Preisfrage über Verhütung der Kindestötung stellten[84]). Mehr als 400 Abhandlungen waren die Antwort darauf[85]).

---

[81]) Nähere Ausführungen vgl. dazu Ramecker, Der Kindesmord in der Literatur der Sturm- und Drangperiode, Phil. Diss. Amsterdam 1927.

[82]) JW. 32, 834.

[83]) JW. 32, 2935.

[84]) „Welches sind die besten ausführbaren Mittel, dem Kindesmord Einhalt zu tun?" Rhein. Beitr. zur Gelehrsamkeit, Mannheim 1780, Bd. 2, S. 414 ff.

[85]) v. Bar, Handbuch des dtsch. StrR., Bd. I, S. 157. — Hälschner, Geschichte, S. 172.

Auch Kant[86]) beschäftigte sich mit diesem Thema und dem Geist der Zeit folgend, betrachtete auch er die Kindestötung als eine privilegierte Tötung. Er sagt dazu folgendes: „Da die Gesetzgebung die Schmach einer unehelichen Geburt nicht wegnehmen kann, so scheint es, daß Menschen in diesen Fällen sich im Naturzustande befinden und Tötung (homicidium), die alsdann nicht mehr Mord (homicidium dolosum) heißen müßte, zwar allerdings strafbar sei, von der obersten Macht aber nicht mit dem Tode könne bestraft werden. Das uneheliche auf die Welt gekommene Kind ist außer dem Gesetz (denn das heißt Ehe), mithin auch außer dem Schutz desselben geboren. Es ist in das gemeine Wesen gleichsam eingeschlichen (wie verbotene Ware), so daß dieses seine Existenz (weil es billig auf diese Art nicht hätte existieren sollen), mithin auch seine Vernichtung ignorieren kann, und die Schande der Mutter, wenn ihre uneheliche Niederkunft bekannt wird, kann keine Verordnung heben"[87]).

Zu dieser Zeit wurde auch von Grolman[88]) der Kindesmord wegen des ihm zugrundeliegenden Motivs der milderen Beurteilung und Strafe unterstellt. Diese Privilegierung sollte der unehelichen Mutter aber nur dann zugute kommen, wenn das Motiv (Rettung der Ehre) tatsächlich gegeben war und auch alle anderen Tatbestandsmerkmale vorlagen. Als Tatbestand fordert er unter Berufung auf die Carolina: Die Tötung eines neugeborenen, unehelichen und lebensfähigen Kindes durch die Mutter, von dessen Existenz nur die Mutter oder ihre Vertrauten wissen. Grolman fordert mithin die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt als Tatbestandsmerkmal, da sonst das Motiv nicht angenommen werden könne. Den Begriff neugeboren definiert er dahin: „Der schreckliche Kampf zwischen dem natürlichen Gefühl einer Mutter und der Furcht vor bestehender Schande muß noch nicht gekämpft gewesen sein"[89]). Weitergehend als das ältere gemeine Recht fordert er die Lebensfähigkeit des Kindes, „denn ein Kind, welches nicht lebens-

---

[86]) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1798.
[87]) a. a. O., S. 164.
[88]) Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, §§ 435—438.
[89]) a. a. O., § 435.

fähig war, konnte nie Mensch werden"[90]). Für das Verbrechen selbst sollte es keinen Unterschied machen, ob die Tat durch positive oder negative Handlungen, zum Beispiel durch unterlassene Verbindung der Nabelschnur, herbeigeführt wurde.

Ihm schließen sich bald die gesamte Rechtswissenschaft und die Gesetzgebungen an, wenn sie zum Teil auch in einigen Punkten abweichen. Jedenfalls wird seit Grolman die Kindestötung durchweg nicht mehr als qualifizierte Art der Tötung aufgefaßt, sondern als eine privilegierte[91]). Auch Feuerbach[92]) verlangt neben der Unehelichkeit als Tatbestandsmerkmal die Lebensfähigkeit des neugeborenen Kindes und die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt, da auch er nur auf Grund des schon genannten Motivs die mildere Bestrafung eintreten lassen will. Ebenso wie Grolman stützt er seine Meinung auf die Carolina, allerdings mit Unrecht, wie wir nach Darstellung des Art. 131 feststellen können. Den Grund für die Auszeichnung des Kindesmordes sieht er aber nicht nur in der Furcht vor Schande, sondern berücksichtigt darüber hinaus „die Schwächung der höheren Gemütskräfte durch den Akt der Geburt" und „die noch mangelnde Stärke des Instinkts der mütterlichen Liebe, welcher erst nach Verlauf einiger Zeit sich zur vollen Kraft entwickelt und erst dann eine mächtig abhaltende Triebfeder ist"[93]). Die durch die Praxis allgemein eingeführte Strafe des Schwerts will er dann noch gemildert wissen, wenn ein vorher gefaßter Vorsatz, das Kind zu töten, fehlt. Schon um einen bereits zur Zeit der Schwangerschaft gefaßten Vorsatz annehmen zu können, müßte die Verheimlichung der Schwangerschaft gefordert werden.

Die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt wurde in der Literatur durchweg gefordert, ausgenommen Mittermaier[94]), der darin kein wesentliches Merkmal des Tatbestandes sieht, denn alle Gründe, die eine mildere Strafe forderten, könnten auch vorhanden sein, wenn die uneheliche Mutter ihren

---

[90]) ebenda.
[91]) Closmann, Kindestötung, S. 16.
[92]) Lehrbuch, §§ 271 ff.
[93]) a. a. O., § 271.
[94]) N. Archiv VII, 2. Stück, S. 326.

Zustand nicht verhehlt hätte. Die Betrachtung dieses Tatbestandsmerkmals war jedoch sehr verschieden. Einige nahmen sie als Tatbestandsmerkmal in dem Sinne, daß davon die volle Strafe abhängen sollte, welche, wenn eine Verheimlichung nicht vorlag, noch gemildert werden sollte. Andere wollten davon die mildere Beurteilung abhängen lassen. Wenn dieses Moment nicht vorhanden sei, müsse die Beurteilung dem gewöhnlichen Verwandtenmorde unterliegen[95]).

Ebenso wurde die Lebensfähigkeit grundsätzlich zum Tatbestand gerechnet. Dagegen argumentiert Abegg[96]), der richtig bemerkt, es widerspreche dem Begriff der Tötung, die Lebensfähigkeit als selbständiges Erfordernis aufzustellen. Dazu sei nur erforderlich, daß das Kind außerhalb der Mutter gelebt habe. Es genüge, daß einem lebenden Wesen das Leben genommen werde[97]).

Während die Mehrzahl der Schriftsteller die Tatbestandsmerkmale wie die milde Beurteilung auf die Carolina zurückführt, lehnt Jarke[98]) dies ausdrücklich ab. Die Carolina hätte keine mildere Behandlung des Verbrechens ausgesprochen. Die Lehre verdanke ihre Entstehung im Sinne seiner Zeit älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern und Gesetzgebungen, insbesondere Grolman. Daher müßten die Tatbestandsmerkmale, die zum Kindesmord gehörten, hauptsächlich aus neueren Theorien geschöpft werden. — Die Verheimlichung der Schwangerschaft fordert auch er, da sonst das die Milderung bewirkende Motiv nicht aufgenommen werden könne. „Für verheimlicht in diesem Sinne ist die Schwangerschaft anzusehen, wenn sie zwar von anderen bemerkt, aber von der Geschwängerten nicht eingestanden wurde oder doch nur das Geheimnis ihrer Mitschuldigen geblieben ist"[99]). Die Lebensfähigkeit des Kindes fordert er ebensowenig wie Abegg. In der Auffassung des Begriffs neugeboren schließt sich Jarke der Auffassung Feuerbachs[100]) an,

---

[95]) Abegg, Lehrbuch, § 252.
[96]) Lehrbuch, § 253.
[97]) so auch Spangenberg, N. Arch. III, S. 370.
[98]) Handbuch, § 40, I.
[99]) Handbuch § 40, I.
[100]) Lehrbuch § 272.

daß die Tötung kurz nach der Geburt erfolgt sein müsse. Im wesentlichen übereinstimmend auch Mittermaier[101]), da bei Tötung in einer späteren Zeit die Zurechnungsfähigkeit der Mutter nicht mehr gemindert sei, und Gans[102]). Nach diesem soll es aber nicht nur auf die Zeit zwischen Geburt und Tötung ankommen, sondern auch darauf, „ob während der Zeit zwischen der Geburt und der Tötung die Geburt verheimlicht werden konnte und verheimlicht wurde und ob die uneheliche Mutter während dieser Zeit noch an den Folgen der Entbindung litt und dem Lauf der Natur nach leiden mußte." Jarke spricht sich im übrigen grundsätzlich gegen die mildere Beurteilung des Verbrechens aus dem seit dem 18. Jahrhundert beachteten Motiv aus. Denn „eine unbefangene Betrachtung des Lebens zeigt, daß dieses Motiv in den meisten Fällen nicht mehr vorhanden ist"[103]) (wie in dem Jahrhundert davor). Die Rettung der Geschlechtsehre sei in den unteren Klassen kein so wirksames Motiv mehr, insbesondere da die bürgerlichen Nachteile und die Kirchenbußen aufgehoben worden seien.

Diesen Standpunkt nimmt auch Salchow[104]) ein, obgleich gerade er als besonderen Milderungsgrund das bösliche Verlassen des Schwängerers anführt. Er sagt: „Heutzutage findet dieser Beweggrund weit weniger statt. Daher sollte man den Kindesmord nicht aus einem zu gelinden Gesichtspunkt betrachten. Man müßte denn wie Tittmann (Handbuch Teil I § 168) auch der Absicht, sich durch den Mord von der Verbindlichkeit, das Kind zu ernähren, befreien zu wollen, einen mildernden Einfluß einräumen."

Es waren zu dieser Zeit aber nur noch vereinzelte Stimmen, die sich gegen die mildere Behandlung der Kindestötung aussprachen, und es waren die Schriftsteller, die den Milderungsgrund fast ausschließlich in dem Motiv der Ehrenrettung erblickten. Dagegen traten alle diejenigen, die sich mit der medizinischen Seite des Verbrechens befaßt hatten, für unbedingte mildere Behandlung ein. Allmählich hatten sich auch die Medi-

---

[101]) N.Arch. VII, S. 314.
[102]) Von dem Verbrechen des Kindermords, S. 59.
[103]) Handbuch, § 40 II (S. 281).
[104]) Lehrbuch, § 224, Anm. **.

ziner mit der Kindestötung beschäftigt und waren dazu gekommen, einen krankhaften Zustand der Gebärenden anzunehmen, der teilweise die Zurechnungsfähigkeit ausschließen sollte. So begründet denn Roßhirt[105]) die mildere Behandlung folgendermaßen: Der Kindesmord ist milder als Mord zu bestrafen, da nur in den wenigen Fällen überhaupt Mord vorliegt, „denn die Zeit der Schwangerschaft verläuft in großer Erregtheit und daher ist der Entschluß zu Außerordentlichem bei schwangeren Frauen leicht". Nicht nur in der Rechtswissenschaft, auch in der Praxis hatte sich die mildere Betrachtungsweise durchgesetzt. Man erachtete grundsätzlich die Todesstrafe als nicht mehr angebracht, sondern ließ es bei Freiheitsstrafen genügen, so wie schon am Ende des 18. Jahrhunderts Meister jun.[106]) und Quistorp[107]) gefordert hatten. Abegg[108]) z. B. sagt, die Strafe ist regelmäßig die einfache Enthauptung, „aber Todesstrafe wird häufig nicht mehr erkannt, und wo es geschieht, pflegt Milderung aus Gnade einzutreten."

Eine Streitfrage blieb, ob auch die „öffentliche Hure", d. h. die Frau, die bereits mehrmals unehelich geboren hatte oder einen schlechten Ruf genoß, Anspruch auf mildere Beurteilung hätte. Von einigen, insbesondere von Gans und Martin[109]) wurde das bejaht, von anderen dagegen, so von Salchow[110]), verneint. Nach seiner Ansicht begehe eine Hure einen Verwandtenmord. Im allgemeinen wurde diese Frage offen gelassen.

Aber nicht nur in der Rechtswissenschaft, auch in den Gesetzgebungen, machte sich der Geist der Aufklärung bemerkbar, und zwar folgten diese den von der Wissenschaft gegangenen Weg. Im Laufe des 19. Jahrhunderts entstanden in Deutschland neue Strafgesetzbücher. In den hervorragenden Gesichtspunkten stimmten sie wie die Theorie überein. In den einzelnen Fassungen des Tatbestandes aber wichen sie in eben dem Maße voneinander ab wie die einzelnen Schriftsteller. Die

---

[105]) Geschichte, 2. Teil, § 84.
[106]) Prakt. Bem. I 8, II 13.
[107]) Grundsätze, § 290.
[108]) Lehrbuch, § 255.
[109]) Gans, a. a. O., S. 222; Martin, Lehrb., § 122.
[110]) Lehrbuch, § 224.

Hauptgedanken, die die neuen Rechtsschöpfungen beherrschten, waren die Milderung der Strafe und die Privilegierung des Delikts gegenüber dem gemeinen Morde.

Trotzdem blieb aber zunächst die Todesstrafe bestehen. Die Milderung wurde nur dadurch ausgedrückt, daß man die noch immer herrschenden grausamen Arten der Todesstrafe, wie Säcken, Pfählen oder lebendig begraben beseitigte und an ihre Stelle die Enthauptung durch Beil oder Schwert setzte.

Das österreichische Strafgesetzbuch von 1787[111]) behandelt den Kindesmord noch nicht einmal als selbständiges Verbrechen, sondern subsumiert ihn unter den Verwandtenmord in § 92. Allerdings ist nicht Todesstrafe, sondern nur ein langwieriges hartes Gefängnis zweiten Grades für den Verwandtenmord vorgesehen, eine Tatsache, die nicht genügend beachtet wird.

Im preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794[112]) ist die Todesstrafe noch für den Kindesmord beibehalten worden. Art. 965 sagt zwar nur:

„Eine Mutter, die ihr neugeborenes Kind bei oder nach der Geburt vorsätzlich tötet, soll mit der Todesstrafe des Schwerts belegt werden."

Art. 982 bestimmt jedoch ausdrücklich:

„Alles, was vorstehend gegen den Kindesmord oder gegen die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt verordnet ist, gilt in Ansehung aller Weibspersonen, die entweder niemals verheiratet gewesen oder Witwen oder von ihren Männern geschieden sind."

Welches Kind als neugeboren anzusehen ist, wird nicht gesagt, dies ist dem Ermessen des Richters ausschließlich überlassen[113]).

Die Strafe des Schwertes wird in Staupenschlag und lebenslängliches Zuchthaus umgewandelt, wenn der Vorsatz der Tötung nicht bewiesen werden kann (§ 962) oder wenn bei erwie-

---

[111]) Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung, Wien 1787.

[112]) Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten, II. Bd., Teil II, Titel XX.

[113]) Jarke, Handbuch, § 40 I, Anm. 20.

sener lebensgefährlicher Behandlung des Kindes nicht genügend ermittelt ist, ob das Kind lebendig zur Welt gekommen ist oder in der Geburt gelebt hat (§ 961). — Die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt wird im Tatbestand nicht erwähnt. Sie ist aber teils ein selbständiges Delikt, teils ein Indiz des begangenen Kindesmordes[114]). Gemäß § 903 hatte eine unehelich geschwängerte Frau ihre Schwangerschaft dem Schwängerer und den Eltern oder Vormündern bekannt zu geben. Zeigte sie dies nicht innerhalb von 14 Tagen den genannten Personen an, machte sie sich gemäß § 933 einer Verheimlichung der Schwangerschaft schuldig. Bemerkenswert ist, daß auch der Schwängerer bei Kenntnis der Schwangerschaft die Pflicht hatte, darauf zu dringen, daß die uneheliche Mutter den gesetzlichen Vorschriften nachkam. Tat er dies nicht, setzte er sich gemäß §§ 915, 916 einer Gefängnisstrafe aus. Aber auch eine heimliche Geburt war strafbar. „Eine Niederkunft ist für verheimlicht zu achten, wenn zur Zeit der Geburt keine Hebamme um Beistand ersucht und auch keine ehrbare Weibsperson dabei zugezogen worden." — Ob die Tötung durch ein Tun oder Unterlassen erfolgte, war unbeachtlich, wie sich aus § 967 ergibt. Nur mußte der animus necandi gegeben sein[115]).

In dem österreichischen Strafgesetzbuch von 1803[116]) wird die Kindestötung zu einem selbständigen und privilegierten Verbrechen. Zum ersten Mal wird hier die Kindestötung als solche nicht mehr mit der Todesstrafe belegt. Nach § 122 Teil I ist gegen eine Mutter, die ihr Kind bei der Geburt tötet oder durch absichtliche Unterlassung des bei der Geburt nötigen Beistandes umkommen läßt, wenn der Mord an einem ehelichen Kinde geschehen ist, lebenslänglicher schwerster Kerker zu verhängen. War das Kind unehelich, so hat im Falle der Tötung 10 bis 20 jährige Kerkerstrafe Platz zu greifen. Ist es durch absichtliche Unterlassung des Beistandes umgekommen, dann tritt nur eine 5 bis 10 jährige Kerkerstrafe ein. Das österreichische Strafgesetzbuch geht somit tatbestandsmäßig weiter als das

---

[114]) Jarke, a. a. O, § 40 I, Anm. 15.

[115]) Salchow, Lehrbuch, § 227.

[116]) Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Uibertretungen, Wien 1803.

preußische und auch als die späteren der anderen Länder. Es dehnt die Privilegierung auf die eheliche Mutter aus, allerdings in einem geringeren Maße als bei der unehelichen Mutter. Im Gegensatz zum preußischen Strafrecht wird unterschieden, ob die Tat durch eine positive Handlung oder ein Unterlassen begangen wurde und das Gesetz mildert die Strafe insbesondere bei der Tötung durch Unterlassung. Auch das österreichische Strafgesetzbuch gibt Bestimmungen über die Verheimlichung der Schwangerschaft, zählt diese aber ebensowenig wie das preußische zu den Tatbestandsmerkmalen. In Teil II §§ 94, 95 wird bestimmt, daß eine uneheliche Mutter bei der Niederkunft eine Hebamme oder eine sonst ehrbare Person zum Beistand rufen solle. Wurde sie von der Geburt übereilt und hatte sie eine Fehlgeburt oder war das lebend geborene Kind innerhalb der ersten 24 Stunden gestorben, so hatte sie einer zur Geburtshilfe berechtigten oder obrigkeitlichen Person davon Mitteilung zu machen und das tote Kind vorzuzeigen. Eine Verheimlichung entgegen dieser Vorschrift wurde mit strengem Arrest von 3—6 Monaten bestraft.

Die besonders für die folgende Zeit noch immer schwere Strafe wird auch in dem Strafgesetzbuch von 1852[117]) nicht gemildert. § 139 setzt nur an Stelle der „schwersten" Kerkerstrafe „schwere" Kerkerstrafe. Wie in dem älteren, ist auch im neuen Strafgesetzbuch keine Zeitspanne vorgesehen, innerhalb der die Tat begangen sein muß, um als Kindesmord angesehen zu werden. „Die Strafe ist dann anzuwenden, wenn die Tat unter der unmittelbaren Nachwirkung der Geburt begangen wird, denn dann befindet sie sich körperlich und seelisch noch in einem Ausnahmezustand, der ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit mindert"[118]). Dieser Gesichtspunkt ist im Laufe des 19. Jahrhunderts allmählich in den Strafgesetzbüchern zum Ausdruck gekommen. — Die Verheimlichung der Geburt ist nur noch dann eine Übertretung, wenn eine Fehlgeburt erfolgt ist oder das Kind innerhalb von 24 Stunden gestorben ist.

---

[117]) Samml. d. deutschen Strafgesetzbücher, herausg. v. Stenglein, III. Bd. XII.

[118]) Stooß, Lehrbuch des österr. Strafrechts, § 89.

1813 trat das bayrische Strafgesetzbuch[119]) in Kraft, unter dessen Einfluß die meisten der später in Kraft tretenden Gesetzbücher standen. Es war das erste deutsche Strafgesetzbuch, das die Todesstrafe für den Kindesmord abschaffte. Der Art. 157 lautet:

„Eine Mutter, welche ihr uneheliches neugeborenes lebensfähiges Kind absichtlich um das Leben bringt, soll zum Zuchthause auf unbestimmte Zeit verurteilt werden."

Art. 158: „Hat eine solche Mörderin als öffentliche Hure gelebt oder hat dieselbe schon wegen verheimlichter Schwangerschaft und Niederkunft mit den Art. 160—165 bestimmten Umständen eine Strafe erlitten, so soll dieselbe mit der Kettenstrafe belegt werden. Wiederholter Kindesmord hat die Todesstrafe zur Folge"[120]).

Art. 159: „Ein Kind, welches noch nicht 3 Tage alt geworden, ist für ein neugeborenes zu erachten."

Das bayerische Strafgesetzbuch verlangt also die Lebensfähigkeit des Kindes, ein Zeichen dafür, daß es unter dem Einfluß Feuerbachs entstanden ist. Neu ist auch die ausdrückliche Regelung, daß einer Frau, die schon anerkanntermaßen die Geschlechtsehre verloren hat, die milde Beurteilung nicht zugute kommen sollte. Auch die Begrenzung des Begriffs neugeboren auf 3 Tage ist eine erstmalige Regelung, die von anderen Gesetzbüchern zum Teil übernommen wurde. Der hauptsächlichste Grund der Milderung ist das Motiv der Ehrenrettung, wie aus den mit Gesetzeskraft versehenen Anmerkungen hervorgeht[121]). Die Motive zu dem revidierten Entwurf des bayerischen Strafgesetzbuchs von 1827 S. 198 ff. begründen dagegen die mildere Beurteilung des Kindesmords lediglich mit der Natur des weiblichen Organismus und des Gebäraktes. Der ganze Organismus sei durch die Geburt angegriffen und selbst die Zurechnungsfähigkeit sei bedeutend gemindert. Daher hatte auch schon der Entwurf von 1823 die Todesstrafe gänzlich weggestrichen[122]), die 1813 für den Wiederholungsfall noch vorgesehen ist. In dem

[119]) Stenglein, Samml. I, Bd. I.

[120]) Dieser Artikel ist 1848 aufgehoben worden.

[121]) Jordan, Kindestötung, S. XXV.

[122]) Mittermaier, N.Arch. VII, S. 24.

Entwurf macht es sich bemerkbar, daß man, seitdem sich die Medizin mit diesem Verbrechen beschäftigte, dies Verbrechen auch mehr vom medizinischen als vom menschlichen Standpunkt aus betrachtete. — Die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt wird für den Tatbestand nicht als notwendig erachtet, wird aber namentlich bei nicht gestandener oder nicht erwiesener Absicht wichtig[123]). Die Verheimlichung ist auch als solche nicht für strafbar erklärt, wird aber durch sie der erwiesene natürliche Tod des Kindes fahrlässigerweise veranlaßt, wird diese zum strafbaren Delikt. (Art. 166). Die Niederkunft gilt als verheimlicht gemäß Art. 167, wenn die Frau durch absichtliche Veranstaltung ohne Beisein einer anderen Person oder nur in Gegenwart solcher Personen geboren hat, die mit ihr zu rechtswidrigem Vorsatz verstanden gewesen sind. — Konnte die Tötungsabsicht nicht bewiesen werden oder lag ein Mangel am Tatbestand vor, z. B. die Lebensfähigkeit des Kindes war zweifelhaft, so sahen die Artikel 160—170 eine begrenzte Zuchthausstrafe oder Arbeitshaus vor. Mit Fortschritt der Rechtsentwicklung traten wie Art. 158 auch diese Artikel 1848 außer Kraft, und an ihre Stelle trat eine wiederum gemilderte Vorschrift.

„Eine Mutter, welche in der Absicht, ihr neugeborenes uneheliches Kind zu töten, sich einer lebensgefährlichen Handlung oder Unterlassung an demselben schuldig macht, soll, wenn die lebendige Geburt oder die Lebensfähigkeit des Kindes nicht nachgewiesen ist, mit 4- bis 8-jährigem Arbeitshaus bestraft werden".

Das bayerische Strafrecht entwickelt sich in der Folgezeit im Sinne der oben erwähnten Motive seit 1827 weiter. Daher ist der Grund der Privilegierung im Strafgesetzbuch von 1861[124]) nicht mehr nur die Rettung der Ehre, sondern in erster Linie die geminderte Zurechnungsfähigkeit der Gebärenden, wobei dieser physische Zustand allgemein präsumiert wird[125]). Daher kommt dieser Milderungsgrund der ehelichen Mutter ebenso zugute wie der unehelichen und in eben dem Maße der öffentlichen Hure, denn auch diese sind Frauen und den Gesetzen des

[123]) Jordan, a. a. O., S. XXV.

[124]) Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, Erlangen 1868.

[125]) Stenglein, Komm. 2. Teil, § 231, 1 (S. 253).

weiblichen Organismus unterworfen[126]). Die Tat muß „während oder gleich nach der Geburt" (Art. 231) begangen worden sein. In der Neufassung ist auf eine Begrenzung der Zeit verzichtet worden, da ausschließlich auf den der Tat zugrundeliegenden Zustand der Frau Rücksicht genommen werden soll, der zeitlich nicht begrenzt werden kann. Der Begriff „gleich nach der Geburt muß so weit ausgedehnt werden, als die Rückwirkung des Geburtsaktes dauert"[127]). Auch die Lebensfähigkeit ist als wesentliches Erfordernis endlich aufgegeben worden. Die Motive[128]) begründen dies folgendermaßen: Allgemein ist der Grundsatz anerkannt, daß jeder Mensch auf eine Minute seines Lebens das gleiche Recht habe wie auf Monate und Jahre desselben, und daß daher das Gesetz jedem Menschenleben den gleichen Rechtsschutz gewähren müsse, ohne Unterschied, ob dasselbe die Möglichkeit einer längeren oder kürzeren Dauer in sich trägt. Als Strafe ist Zuchthaus bis zu 20 Jahren vorgesehen.

Seit den österreichischen und bayerischen Strafgesetzbüchern von 1803 und 1813 behauptet die Kindestötung in der deutschen Gesetzgebung ihre bevorzugte Stellung[129]).

Das Strafgesetzbuch von Oldenburg[130]), das ein Jahr nach dem bayerischen entstand, folgte diesem im Hinblick auf den Tatbestand der Kindestötung völlig. Es übernahm in den

---

[126]) Motive zum revid. Entw. 1827, S. 198.

[127]) Stenglein, Komm. § 231, 2.

[128]) Motive zum Entw. 1855, S. 99.

[129]) Anders die ausländische Strafgesetzgebung, z. B. die französische, in der der Kindesmord sogar noch zu den qualifizierten Tötungsarten gehört. Der Art. 300 des Code pénal von 1810 sagt: „Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau né". Und Art. 302 setzt demgemäß darauf die Todesstrafe. Aber auch die holländische Strafgesetzgebung von 1808 (Criminel Wetboek voor het Koningryk Holland, Amsterdam 1809, Ausgabe von Kemper), läßt in den Art. 103—112 die Todesstrafe eintreten. Ferner wird sie auch im Berner StGB. von 1823 (Neues Archiv VII, S. 45) beibehalten, und zwar bestimmt § 16 für die Frau, die ihr lebensfähiges neugeborenes Kind tötet, die Hinrichtung durch das Schwert. Desgleichen haben die Kantone Tessin (StGB. von 1816) und St. Gallen (StGB. von 1819/20) die Todesstrafe beibehalten (Mittermaier, N.Arch. S. 26, 28).

[130]) Stenglein, Sammi. I. Bd. II.

§§ 162 ff. wörtlich die §§ 157 ff. des bayerischen Strafgesetzbuchs. Es verlangt mithin ebenfalls die Lebensfähigkeit des Neugeborenen und läßt als Neugeborene im Sinne dieses Verbrechens Kinder bis zum Alter von 3 Tagen gelten. Es verschärft die Strafe, wenn die Frau als öffentliche Hure gelebt hat und droht gleichfalls für den Wiederholungsfall die Todesstrafe an.

Das sächsische Kriminalgesetzbuch von 1838[131]) weicht zunächst schon dadurch von den vorhergehenden Strafgesetzbüchern ab, daß es sagt: „Eine Mutter, die ihr uneheliches neugeborenes Kind während oder in den ersten 24 Stunden nach der Geburt um das Leben bringt, usw." (Art. 126), das Verbrechen also auf die ersten 24 Stunden begrenzt. Da die verminderte Strafbarkeit, wie die Motive ergeben, „vorzüglich auf den aufgeregten, auf die Geistestätigkeit einwirkenden Zustand, in welchen eine Gebärende durch den Geburtsakt versetzt werde", sich gründete, erschien es nötig, einen Termin zu setzen, bis zu welchem dieser Zustand angenommen werden konnte[132]). Dafür eine Frist von 24 Stunden anzunehmen, erschien als ausreichend. Das sächsische Strafgesetzbuch zog die richtige Konsequenz aus diesem strafvermindernden Motiv und ließ die milde Behandlung auch der Frau zugutekommen, die bereits unehelich geboren hatte oder, wie man sagte, der „öffentlichen Hure". Es ging aber wiederum nicht so weit, daß es auch die eheliche Mutter unter diese Privilegierung stellte. Das Verbrechen wurde mit einer 4—15jährigen Zuchthausstrafe zweiten Grades belegt. Bei der Strafzumessung sollte berücksichtigt werden, ob sie den Entschluß zur Tötung schon vorher gefaßt hatte oder erst während oder nach der Geburt (Art. 126). Die Lebensfähigkeit wurde als Tatbestandsmerkmal vom Gesetzgeber im Gegensatz zum alten bayerischen nicht verlangt. Sie wurde aber bedeutsam, wenn mit Gewißheit oder großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden konnte, daß das getötete Kind nicht lebensfähig war. Für diesen Fall, sollte die verwirkte Strafe auf die Hälfte herabgesetzt werden (Art. 126). — Die Verheimlichung

[131]) Steinglein, Samml. I, Bd. III (für Sachsen-Altenburg, in Geltung seit 1841).

[132]) Hepp, N.Arch. 1848, S. 312.

der Schwangerschaft ist wie im preußischen Recht ein selbständiges Delikt. War sie in der Absicht der Tötung geschehen, die dann durch irgendwelche Umstände verhindert wurde, so sollte 1—6jähriges Arbeitshaus verhängt werden. Ohne diese Absicht trat 2—3 Monate Gefängnis ein, sofern nicht wegen des dadurch erfolgten Todes des Kindes die Strafe der fahrlässigen Tötung eintrat. (Art. 130).

Das bald darauf folgende Strafgesetzbuch von 1855[133]) ändert an dem Tatbestand der Kindestötung dem Sinne nach nichts, nur ist er im Art. 159 etwas anders gefaßt worden. Die Strafe wird für die beiden Fälle, daß der Entschluß bereits vor der Entbindung gefaßt wurde oder erst später, in bestimmter Weise festgesetzt. Im ersteren Falle steht auf Kindesmord eine Zuchthausstrafe von 5—15 Jahren, im zweiten Fall eine solche von 3—8 Jahren.

1839 bekam Württemberg[134]) ein neues Strafgesetzbuch. Wie es zeitlich dem sächsischen fast unmittelbar folgt, so auch in der Fassung des Tatbestandes. Gemäß Art. 249 gelten auch hier nur diejenigen Kinder als neugeboren, die noch keine 24 Stunden alt geworden waren. Die Lebensfähigkeit wurde ausdrücklich abgelehnt, da auch an Sterbenden und Todkranken ein Mord begangen werden könne[135]). War das Kind jedoch wegen vorzeitiger Geburt nicht fähig, das Leben außer dem Mutterleib fortzusetzen, so war die Tötung nach den Bestimmungen über Versuch zu strafen (Art. 250). Obgleich also die Lebensfähigkeit nicht gefordert wurde, war die Strafe doch noch einmal zu mildern, falls die Lebensfähigkeit erwiesenermaßen fehlte. Hufnagel hebt in seinem Kommentar[136]) hervor, daß das Motiv der Ehrenrettung nicht der einzige Grund der Milderung war, sondern im besonderen die Annahme eines krankhaften physischen und psychischen Zustandes, denn sonst hätte die Milderung Frauen von schlechtem Ruf nicht zuteil werden können. Auch sollte dieser Artikel nicht nur auf Unverheiratete, Witwen und Geschiedene angewandt werden, sondern auch auf Ehefrauen,

---

[133]) Stenglein, Samml. III, Bd. XIII.
[134]) Stenglein, Samml. I, Bd. IV.
[135]) Hufnagel, Komm. S. 73.
[136]) S. 62.

die unter Umständen Mutter wurden, in denen ihnen die Präsumtion „pater est, quem nuptiae demonstrant" nicht zugutekommen konnte[137]).

Das Strafgesetzbuch von Braunschweig 1840[138]) dehnte, wie die österreichische Strafgesetzgebung die milde Behandlung auf die eheliche Mutter aus (Art. 149). Nur erschwerte sie die für uneheliche Mütter vorgesehene Zuchthausstrafe auf Kettenstrafe nicht unter 10 Jahren. Zu den neugeborenen Kindern rechnete Art. 149 wie die vorigen Gesetzbücher grundsätzlich ein Kind bis zu 24 Stunden nach der Geburt, ohne aber die Fristsetzung von 24 Stunden als absolute Grenze gelten zu lassen. Auch eine Tötung, welche nach dieser Zeit erfolgte, sollte noch unter den Tatbestand des Kindesmordes fallen, wenn „der besondere geistige und körperliche die Zurechnung mindernde Zustand der Täterin noch fortgedauert hatte". Absatz 4: „Die Tötung eines nicht lebensfähigen Kindes ist als beendeter Versuch des Kindesmordes zu bestrafen." — Die verheimlichte Niederkunft war nur dann strafbar gemäß Art. 157, wenn dadurch der Tod des Kindes herbeigeführt wurde.

Während die Strafgesetzgebungen allgemein die verheimlichte Niederkunft nicht mehr zum Tatbestand forderten, wurde dieses Merkmal von dem Gesetzgeber des hannoverschen Strafgesetzbuches von 1840[139]) wieder aufgegriffen und die Tötung eines unehelichen neugeborenen Kindes war nur dann Kindesmord i. S. des Art. 233, wenn die Niederkunft heimlich und hilflos war. Sonst brachte der Tatbestand nichts Neues. Es ging im übrigen auf das bayerische Strafgesetzbuch zurück. So hält es z. B. wie dieses härtere Strafen für Huren und diejenigen, die schon Strafe wegen heimlicher Schwangerschaft erlitten hatten, für gerechtfertigt (Art. 234, II). Eine mildere Beurteilung hatte dagegen einzutreten, wenn die Tötung an einem nicht lebensfähigen Kind begangen worden war. Die Strafe war dann auf die Hälfte herabzusetzen. Eine besondere Erschwerung der Strafe war für den Wiederholungsfall vorgesehen, und zwar konnte der Richter in diesem Falle statt der normalerweise

[137]) Hufnagel, a. a. O., S. 63.
[138]) Stenglein, Samml. I, Bd. V.
[139]) Stenglein, Sammlung II, Bd. VI.

10—20jährige Zuchthausstrafe bis zu lebenslänglichem Zuchthaus erkennen. Allerdings konnte auch bei ganz besonderen Umständen bis zu 5jährigem Zuchthaus heruntergegangen werden (Art. 234, I). Die hilflose Niederkunft war nicht nur Tatbestandsmerkmal, sie war auch als selbständiges Delikt strafbar, und zwar selbst dann, wenn jegliche Tötungsabsicht fehlte, das Kind leben blieb, oder bereits vor der Geburt gestorben war. (Art. 238, II, 2).

Der Tatbestand des Strafgesetzbuches von Hessen von 1841[140]) war im Art. 258 weit gefaßt und zeigt in keiner Hinsicht eine Einengung. Er verlangt weder die verheimlichte Niederkunft noch die Lebensfähigkeit des Kindes, noch setzte er eine bestimmte Frist, innerhalb derer ein Kind als neugeborenes zu gelten hatte. Die Tat konnte sowohl durch Handlung wie durch Unterlassung begangen werden. War der Tötungsentschluß schon vor der Geburt gefaßt gewesen, sollte eine Zuchthausstrafe von 10—16 Jahren, wenn der Entschluß erst später gefaßt wurde, eine solche von 4—10 Jahren Platz greifen. Bei der Zumessung der Strafe war besonders „auf den durch den Geburtsakt oder durch äußere Umstände mehr oder weniger gestörten Gemütszustand", sodann „auf die mehr oder weniger günstige Aussicht der Mutter, das Kind ernähren zu können" und schließlich „darauf, ob die Mutter bereits früher und wie oft außerehelich geboren hatte" Rücksicht zu nehmen. Der Gedanke, daß die Mutter eventuell nicht in der Lage war, das Kind zu ernähren, wurde hier zum ersten Mal zum gesetzlichen Milderungsgrund. Wie üblich wirkte es erschwerend, wenn die Mutter als öffentliche Hure gelebt hatte und erleichternd, wenn das Kind nachweisbar nicht fähig gewesen war, das Leben allein fortzusetzen. Die verheimlichte Niederkunft war auch hier als solche nicht strafbar, sondern nur, wenn dies in der Absicht, das Kind zu töten, geschehen war, oder das Neugeborene auf Grund dessen starb (Art. 261).

Das Strafgesetzbuch von Nassau, das im Jahre 1849[141]) in Kraft trat, folgte in der Fassung des Tatbestandes völlig dem Gesetzbuch von Hessen. Nur wurde in jedem Fall im Art. 252

---

[140]) Steinglein, Samml. II, Buch VII.

[141]) Stenglein, Samml. II, Bd. IX.

eine kürzere Zuchthausstrafe vorgesehen. Während das hessische Strafgesetzbuch eine Höchststrafe von 16 Jahren vorsah, betrug in Nassau die Höchststrafe 12 Jahre Zuchthaus.

Nach dem badischen Strafgesetzbuch von 1845[142]) gilt nur ein bis zu 24 Stunden altes Kind als neugeboren. Doch kann gemäß § 216 auch eine später erfolgte Tötung mit der geminderten Strafe belegt werden, wenn der geistige oder körperliche Zustand die Zurechnungsfähigkeit noch gemindert hatte. Für den Wiederholungsfall ordnete § 217 eine Zuchthausstrafe nicht unter 10 Jahren, jedoch keine Todesstrafe an. Bei mangelnder Lebensfähigkeit des Kindes trat an Stelle der Zuchthausstrafe Gefängnis oder Arbeitshaus. Die absichtlich hilflose Niederkunft war nur unter den oben schon erwähnten Voraussetzungen strafbar.

Wir können somit feststellen, daß sich im deutschen Recht überall die Freiheitsstrafe für das Verbrechen der Kindestötung durchgesetzt hatte. Der Tatbestand aber war in den verschiedenen Rechten verschieden gestaltet worden. So machten das österreichische und das braunschweigische Strafrecht einen Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Müttern nur im Strafmaß, ließen aber beiden die Privilegierung zugutekommen. Das bayrische Strafgesetzbuch von 1861 macht einen Unterschied überhaupt nicht mehr. Das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 verlangte die Lebensfähigkeit des Kindes zum Tatbestand, während sie in anderen Strafgesetzbüchern nur dann Bedeutung erlangte, wenn sie nicht vorhanden war, und ihr Fehlen dann strafmildernd wirkte. Der Begriff des neugeborenen Kindes schwankte zwischen 24 Stunden und drei Tagen. Einige betrachteten es als besonderen Strafmilderungsgrund, wenn der Entschluß der Tötung erst während oder nach der Geburt gefaßt worden war, bei einigen wiederum wirkte es erschwerend, wenn die Täterin als öffentliche Hure gelebt hatte. Gemeinsam ist ihnen aber mit Ausnahme des hannoverschen Strafrechts, daß die Verheimlichung der Geburt nicht mehr als Tatbestandsmerkmal gefordert wurde, wenn diese auch zum Teil als selbständiges Verbrechen oder unter besonderen Umständen strafbar war.

[142]) Stenglein, Samml. II, Bd. VIII.

Eine besondere Rolle spielte das preußische Strafgesetzbuch von 1851[143]), denn dieses wurde nicht nur allgemein, sondern auch im Hinblick auf das Verbrechen der Kindestötung Vorbild für das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes und damit schließlich auch für das Reichsstrafgesetzbuch von 1871. Das preußische Strafgesetzbuch stellt im Art. 180 folgenden Tatbestand auf:

„Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tötet, wird wegen Kindesmord mit Zuchthaus von 5—10 Jahren bestraft."

Damit wurde auch in Preußen schließlich die formell noch bestehende Todesstrafe durch Gesetz für Kindesmord beseitigt. Eine bestimmte Frist, innerhalb deren die Tötung begangen sein muß, um unter Art. 180 zu fallen, ist ausdrücklich nicht gesetzt worden, da auch den preußischen Gesetzgeber der krankhafte erregte Zustand der Gebärenden zur Milderung veranlaßte. Die Motive führen dazu aus[144]):

„Es liegt indessen von selbst vor, daß Zuständen dieser Art keine gleichsam präklusivische Frist und gesetzlich bestimmte Dauer allgemein vorgeschrieben werden kann, und daß dieser Eingriff in solche Zustände rein willkürlich sein und zu großen Härten führen und daher statt Gerechtigkeit zu befördern, ungerecht sein würde."

Es sollte in jedem Falle dem Arzt oder Richter überlassen bleiben, festzustellen, ob zur Zeit der Tat der Milderungsgrund noch gegeben war. Ebenso wurde die Lebensfähigkeit bewußt nicht verlangt. Die Staatsratskommission wollte für den Fall, daß das Kind nicht lebensfähig gewesen war, eine noch mildere Strafe zur Anwendung gelangen lassen. Der Staatsrat aber war dagegen, denn er hielt die Tatsache, daß das Kind gelebt hatte, für ausreichend[145]). Auch Hälschner[146]) bemerkt, es konnte nicht eine Lebensfähigkeit in dem Sinne gefordert werden, daß das Kind fähig gewesen war, eine bestimmte längere Zeit sein Leben fortzusetzen. Ob der Tod durch Handlungen oder Unterlassen

---

[143]) Stenglein, Sammlung, III, Bd., XI.
[144]) Motive zum revid. Entw., S. 217.
[145]) Beseler, Komm., § 180, IV.
[146]) Preuß. Strafrecht, S. 108.

herbeigeführt worden war, sollte unbeachtlich sein, die Tötung mußte nur vorsätzlich ausgeführt werden. Eine Überlegung wurde dagegen nicht gefordert[147]), dies würde auch dem Grund der milderen Beurteilung widersprochen haben. Der Ausdruck Kindesmord wurde jedoch beibehalten. — Während in allen vorher und auch später in Kraft getretenenen Gesetzbüchern (in Sachsen und Österreich) die verheimlichte Geburt in irgendeiner Beziehung erwähnt wurde, finden wir im preußischen Strafgesetzbuch davon nichts mehr. Sie ist weder Tatbestandsmerkmal noch selbständiges Delikt; sie ist auch nicht dann strafbar, wenn der später eintretende Tod des Kindes darauf zurückzuführen ist. Wie Beseler[148]) sagt, konnten die Bestimmungen über die Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft nach richtigen Grundsätzen der Gesetzgebung überhaupt nicht mehr anerkannt werden.

IV. Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 und die Reformversuche bis zur Gegenwart.

1. Durch das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 wurde an dem Tatbestand des Kindesmordes wenig geändert. Im § 217 ist er folgendermaßen gefaßt worden:

„Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter 3 Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 2 Jahren ein."

Obgleich das österreichische Strafgesetzbuch von 1852 und das bayrische von 1861 die Privilegierung auf die eheliche Mutter erstreckten, hält das Reichsstrafgesetzbuch an dem allgemeinen Standpunkt fest und läßt die Privilegierung ausschließlich der unehelichen Mutter zuteil werden. Die Unehelichkeit des Kindes soll hierbei ohne zivilrechtliche Präsumtion bestimmt werden[149]), im Gegensatz zum württembergischen, das gerade dann der Mutter die Privilegierung abgesprochen hatte, wenn ihr

---

[147]) Beseler, Komm. § 180, V.
[148]) Komm. § 180, S. 355.
[149]) v. Liszt, Lehrbuch § 84 III; Olshausen, Komm. § 217, 2.

die Präsumtion ‚pater est quem nuptiae demonstrant' zugute kam. Es gilt das Kind im Sinne des § 117 als unehelich, dessen Eltern weder zur Zeit der Erzeugung noch zur Zeit der Geburt in formell gültiger Ehe miteinander verheiratet waren[150]). Wie der Fall im einzelnen bei den Kindern aus angefochtener oder nichtiger Ehe liegt, hier zu behandeln, würde zu weit führen.

Die Lebensfähigkeit wird aus schon früher erwähnten Gründen nicht gefordert. — Die Tötung muß in oder gleich nach der Geburt erfolgt sein. In der Geburt, d. h. die Geburt muß bereits begonnen haben. Nur in diesem Fall kann von einer Tötung im Sinne der strafrechtlichen Tötungsdelikte überhaupt die Rede sein. Denn die Frucht vor der Geburt ist kein Mensch, und ihre Zerstörung würde eine Abtreibung darstellen und anderen Gesichtspunkten und einem anderen Strafmaß als dem des § 217 unterliegen. Es ist daher die Tötung von der Abtreibung abzugrenzen. Diese Abgrenzung zwischen Abtreibung und Tötung läuft also auf die Frage hinaus, in welchem Augenblick kann bei der Geburt von einem Menschen im strafrechtlichen Sinne gesprochen werden[151]). Sicher nicht erst im Augenblick der Vollendung der Geburt, wie im Zivilrecht angenommen wird, sondern nach der unbestrittenen Ansicht des Reichsgerichts schon mit dem Beginn der Geburt[152]), wobei aber bestritten ist, wann die Geburt beginnt. Grundsätzlich werden hierüber drei Ansichten in der Literatur vertreten. Die Vertreter der einen Ansicht, so insbesondere Binding[153]), fordern, daß die Frucht zu einem Teil schon aus dem Mutterleib hervorgetreten sein muß, damit von dem Beginn der Geburt gesprochen werden kann. Die Vertreter einer weiteren Ansicht gehen noch weiter und verlangen den völligen Austritt der Frucht aus dem Mutterleib und als wesentlichstes Merkmal den Beginn der Lungenatmung. Denn erst in dem Zeitpunkt fängt das Kind an, selbständig zu leben, wenigstens hinsichtlich der Atmung[154]).

[150]) Frank, § 217 I; Leipz. Komm. § 17 2.

[151]) Daß schon während der Geburt ein Mensch vorhanden ist, ergibt sich aus § 217.

[152]) RGSt. 9, 131; 26, 178.

[153]) Lehrbuch, Bes. Teil I, § 9, 4a.

[154]) so Wachenfeld, Lehrbuch § 83 I.

Die herrschende Meinung, die auch vom Reichsgericht vertreten wird, greift auf einen früheren Zeitpunkt zurück und läßt die Geburt schon beginnen, sobald der Entwicklungsvorgang abgeschlossen ist und die Wehen, die schließlich zur Ausstoßung führen, einsetzen[155]). Eine Mutter die die Frucht mit dem Beginn der Wehen zerstört, begeht also eine Tötung und keine Abtreibung mehr.

Die Tötung kann aber auch gemäß § 217 nach der Geburt erfolgen, jedoch nicht unbeschränkte Zeit danach. Das Gesetz hat allerdings von einer festen zeitlichen Begrenzung Abstand genommen, die Beschränkung ergibt sich aber ohne weiteres aus dem der Milderung zugrundeliegenden Motiv. Das Motiv ist der anormale Erregungszustand der Mutter bei der Geburt. Daher kann die mildere Behandlung nur erfolgen, wenn die Mutter die Tat in diesem Erregungszustand begeht und somit der unmittelbare Zusammenhang zwischen Geburt und Tötung vorhanden ist, der unbedingt gegeben sein muß[156]). Hierbei soll es der tatsächlichen Beurteilung unterliegen, festzustellen, ob ein solcher Erregungszustand überhaupt oder zur Zeit der Tat noch vorgelegen hat. „Der Grund für mildere Beurteilung liegt in den bei der unehelich Geschwängerten auftretenden Antrieben zur Tötung des Kindes, die unter dem Einfluß des Gebäraktes gesteigerte Kraft gewinnen können. Daher findet die milde Behandlung ihre Grenze mit dem Aufhören dieses Zustandes geminderter Zurechnungsfähigkeit"[157]). Da die Dauer des Erregungszustandes im Einzelfall verschieden ist, wurde von einer ziffernmäßigen Begrenzung abgesehen. Daß überhaupt ein Zustand verminderter Zurechnungsfähigkeit in jedem Fall vorliegt, wurde aber vorausgesetzt. Denn über die Art des Zustandes braucht der Richter Sachverständige nicht zu vernehmen. „Das Gesetz erkennt so-

---

[155]) RGSt. 9, 131; 26, 178: „Die Geburt des Kindes fangt naturgemäß dann an, wenn der Entwicklungsvorgang im Mutterleibe beendet ist, die Ausstoßungsversuche, durch welche die Frucht nach außen getrieben werden soll, eintreten. Der Austritt von Körperteilen des Kindes aus dem Mutterleibe ist ein weiteres Stadium des Geburtsaktes, aber nicht der Beginn desselben." Frank, 16. Abschnitt, 1; Olshausen, § 211, 1 und v. Liszt, Lehrbuch, § 80, I.

[156]) Olshausen, Komm. § 217, 3 b.

[157]) v. Liszt, Lehrb. § 84 III.

mit einen besonderen psychischen Zustand unter bestimmten ein für alle Mal festgestellten Voraussetzungen an"[158]).

Ferner ist das Verhältnis von Tötung zur Aussetzung zu klären. Denn es ist nicht selten der Fall, daß eine Mutter die Tötung durch Aussetzung begeht. Es fragt sich dann, ob die Mutter unter diesen Umständen sowohl den Tötungsvorsatz wie auch den der bloßen Gefährdung haben kann. Die einen meinen, daß ein Zusammentreffen beider nicht möglich ist, da die Täterin bei Begehung der Tat nur den einen oder den anderen Vorsatz haben kann, denn beide widersprechen sich. Der eine ist auf Vernichtung, der andere auf Erhaltung des Lebens gerichtet[159]). Gegenteiliger Ansicht ist Frank[160]), der auf dem Standpunkt steht, daß bei Tötung durch Aussetzen der Aussetzungsvorsatz neben dem Tötungsvorsatz immer gegeben sei, nur werde der erstere durch den zweiten überdeckt. — Eine dritte Ansicht geht dahin, daß zwar beide doli directi nicht nebeneinander bestehen können, denn keiner kann unbedingt vernichten und erhalten wollen. Ein dolus eventualis aber sei neben einem dolus directus möglich[161]). Eine Mutter könne in erster Linie töten, eventuell aber auch nur aussetzen wollen. Diese Ansicht wurde zunächst auch vom Reichsgericht vertreten[162]), in späterer Rechtsprechung aber bereits für zweifelhaft gehalten[163]) und sodann völlig aufgegeben[164]). Das Reichsgericht hält jetzt einen bedingten Gefährdungs- oder Tötungsvorsatz mit einem unbedingten Tötungs- oder Gefährdungsvorsatz nicht mehr für vereinbar. Wer unbedingt töten will, will nicht gefährden und umgekehrt. Dies scheint zunächst einleuchtend, führt aber schließlich beim Rücktritt und bei der tätigen Reue gemäß § 46 StGB. zu einem unbilligen Ergebnis. Eine Mutter, die ihr Kind aussetzt in der Hoffnung, daß es gerettet werde, kann von der Tat nicht mehr strafbefreiend zurücktreten, da sie das

---

[158]) Hoche, Vorsätzl. Tötung, S. 81.
[159]) so Binding, Lehrb. I, S. 64; v. Bar, Gesetz und Schuld, 3, 543.
[160]) § 221, IV.
[161]) v. Liszt-Schmidt, S. 485; Olshausen, § 221, 13 a.
[162]) RGSt. 25, 321.
[163]) RGSt. 42, 214; 62, 8.
[164]) RGSt. 61, 375, insbes. 68, 407.

Verbrechen bereits vollendet hat. Es nützt ihr nichts, wenn sie das ausgesetzte Kind wieder zurückholt, es kommen ihr nicht einmal mildernde Umstände zugute. Eine Mutter dagegen, die ihr uneheliches neugeborenes Kind in Tötungsabsicht aussetzt, kann jederzeit von der Tat zurücktreten und ist dann straffrei, da nach Ansicht des Reichsgerichts ein weiterer dolus bei der Mutter nicht vorhanden war und sie mithin wegen eines anderen Delikts nicht bestraft werden kann. Für einen qualifizierten Versuch im Sinne des § 46 ist daher kein Raum.

Zu einem ähnlichen ungerechten Ergebnis führt die oben erwähnte Ansicht, die ein Nebeneinander beider Vorsätze für möglich hält, wenn der eine von ihnen ein eventueller ist, und zwar wäre hier der Fall des sogenannten qualifizierten Versuchs gegeben, wo der Versuch als solcher zwar straflos bleibt, aber das im Versuch enthaltene vollendete Delikt zu bestrafen ist[165]). Wenn die Mutter also das Kind zwar in erster Linie töten will, schließlich aber auch mit der Rettung des Kindes, also seiner bloßen Gefährdung, einverstanden war, weil es ihr lediglich darauf ankam, das Kind loszuwerden, so besteht hier neben dem dolus directus der Tötung der dolus eventualis der Aussetzung der im Falle der Vollendung der Tötung konsumiert werden würde. Tritt aber die Mutter unter diesen Umständen von dem Tötungsversuch zurück, so ist sie wegen Versuchs nicht strafbar. Denn der dolus eventualis der Aussetzung tritt in diesem Fall der Straflosigkeit der versuchten Tötung wieder hervor, das bedeutet, daß das Verbrechen der Aussetzung vollendet ist und die Mutter auf Grund des § 221 zu bestrafen ist. Dieses Ergebnis ist insofern nicht zu billigen, als hier die Mutter, die ihr Kind mit dem unbedingten Vorsatz der Tötung aussetzt, beim Rücktritt straffrei wird, die Mutter dagegen, die keinen derart schweren Vorsatz hat, sondern auch eine Rettung mit in Erwägung zieht, unter allen Umständen zu bestrafen ist.

Die von Frank vertretene Ansicht, wonach bei Tötung durch Aussetzen der Gefährdungsvorsatz neben dem Tötungsvorsatz immer gegeben ist, führt hier zu einem gerechteren Ergebnis. Zwar ist die Mutter, die ihr Kind mit dem Gefährdungs-

---

[165]) RGSt. 23, 255; LeipzKomm. § 46, 2 c.

vorsatz oder dolus eventualis der Gefährdung aussetzt, wegen vollendeter Aussetzung strafbar, wenn sie das Kind späterhin wieder an sich nimmt, aber auch die Mutter bleibt strafbar, die nach den vorhergehenden Meinungen nur den dolus directus der Tötung besaß. Sie hatte notwendig gleichfalls den dolus der bloßen Gefährdung und hat somit das Verbrechen der Aussetzung vollendet. Es ist auch kaum anders möglich, als daß die Mutter, die ihr Kind durch Aussetzen töten will, außer dem Vorsatz der Tötung den der Aussetzung besitzt. Denn zunächst setzt sie aus und will auch aussetzen, da sie nicht unbedingt gezwungen ist, das Kind gerade auf diese Weise zu töten.

Nach der neuesten Praxis des Reichsgerichts ist es aber wie gesagt so, daß die Mutter, die den Tötungsdolus hatte, immer nur gemäß § 217 zu beurteilen und daher bei Rücktritt straffrei ist.

2) In der reichsgesetzlichen Regelung des Strafrechts folgenden Zeit, insbesondere nach 1900 wurden die verschiedensten Reformvorschläge gemacht. Da kein Recht so sehr wie gerade das Strafrecht eines Landes von der jeweils herrschenden Weltanschauung beeinflußt wird, war es selbstverständlich, daß sich die verschiedenen zur Zeit herrschenden Weltanschauungen bei der Behandlung des Strafrechts bemerkbar machten, zu wissenschaftlichen Äußerungen führten und immer wieder neue Entwürfe und Gegenentwürfe hervorriefen. Insbesondere waren es die individualistisch-liberalistischen Anschauungen, die die strafrechtlichen Reformversuche beeinflußten. Unter diesem Einfluß entwickelten sich hinsichtlich des Verbrechens der Kindestötung in der Wissenschaft zwei Streitpunkte. Die eine Frage war: was ist der spezielle Grund der milderen Beurteilung des Verbrechens, und die andere, daran anknüpfend: soll die Privilegierung auch auf die eheliche Mutter erstreckt werden?

Für den § 217 war, wie zuvor schon gesagt, der krankhafte körperliche und seelische Zustand der Gebärenden zum Milderungsgrund schlechthin geworden. Nur moralische Gesichtspunkte hatten den Gesetzgeber davon abgehalten, den § 217 auch auf eheliche Mütter zu erstrecken. Im Anfang des 20. Jahrhunderts wurde aber von vielen Schriftstellern auf Grund der ärztlichen Forschung der krankhafte Zustand der Schwan-

geren geleugnet. Als Milderungsgrund stellten sie, denn die privilegierte Behandlung wollten sie beibehalten wissen, Ehrennotstand, Verlassenheit oder soziale Sorgen in den Vordergrund. Im allgemeinen sind drei Gruppen zu unterscheiden: Die erste hielt an der Annahme eines krankhaften Zustandes fest, die zweite leugnete einen solchen Zustand und stützte die Privilegierung auf die eben genannten Momente, insbesondere auf Ehrennotstand[166]), während die dritte Gruppe beide Motive als ausschlaggebend ansah. Die letzte Gruppe konnte die größte Anhängerzahl aufweisen. Diese lehnte zwar ebenfalls einen krankhaften Geisteszustand ab, nahm aber eine besondere ungewöhnliche Situation der Mutter bei der Geburt an, in der die verschiedenen Umstände außergewöhnlich stark hervortreten. Im einzelnen kann hier verwiesen werden auf Bischoff[167]), der sagt, es liege zwar eine geistige Veränderung vor, diese sei jedoch nicht krankhaft, sondern müsse als physiologische Reaktion auf die äußeren Umstände gelten. So wie ein Prüfungskandidat sich in einem erregten Zustand befinde, so auch die gebärende Mutter. Diese Ansicht wird auch von Haberda vertreten[168]). Auf Grund der Annahme einer stark verminderten Zurechnungsfähigkeit waren gegen die Kindesmörderin vielfach Freisprüche erfolgt. Dagegen wendet sich Haberda, indem er ausführt, daß „Sinnesverwirrung" als Grund der Freisprechung vom wissenschaftlichen Standpunkt aus nicht gebilligt werden könne, denn „es ist irrig, anzunehmen, daß normalerweise der Geburtsakt derart auf die Psyche der gebärenden Frau einwirkt, daß diese strafrechtlich nicht verantwortlich gemacht werden kann. Nicht einmal eine wesentliche Minderung der Zurechnungsfähigkeit wird normalerweise herbeigeführt." Haberda betont neben der geringen Minderung der Zurechnungsfähigkeit mehr die äußeren Einflüsse, den Ehrennotstand, die Notlage usw. und kommt zu dem Ergebnis, daß „nicht so sehr die Einwirkung dieses Geburtsvorganges, als die durch die Ankunft

---

[166]) z. B. v. Liszt, Vergl. Darst., Bd. V, S. 118 ff; Wachenfeld, Die Tötungsdelikte, in Das Recht, Bd. 8, S. 65.

[167]) Der Geisteszustand der Schwangeren und Gebarenden, Arch. f. Krim.-Antrop. u. Krim., Bd. 29, S. 107 ff. (S. 117).

[168]) Zur Lehre vom Kindesmord, S. 110 ff.

des Kindes für die Mutter geschaffene Situation zur Tötung des Kindes" führe. Den gleichen Standpunkt nimmt Gleispach ein[169]). Auch er lehnt es ab, den Geburtvorgang als solchen für die Tat verantwortlich zu machen. „Wenn die Furcht vor Schande mit dem Herannahen der Geburt zunimmt, so ist das die Wirkung des Herankommens jenes Ereignisses, mit dem die gefürchteten Folgen verbunden sind, aber es hat dies mit der Eigenart des Geburtsvorganges nichts zu tun"[170]). Eine starke Wirkung spricht er den Geburtsschmerzen zu, denn gerade bei ungebildeten Leuten lasse sich oft feststellen, daß sie sogar gegen tote Dinge wüten, wenn ihnen durch diese Schmerzen bereitet werden. Der Ehrennotstand allein reiche zur Begründung nicht aus. Das Mildernde ist seiner Ansicht nach schließlich beides der Zustand und der Notstand unter der Erwägung, daß jedes der Momente steigernd auf das andere einwirkt[171]). Groß[172]) ist einer von denen, die die Ursache der Milderung in dem psychopathischen Zustand der Täterin erblicken. Indirekt kommt er aber doch dahin, auch der Not und der Furcht vor Schande einen Einfluß bei der Strafmilderung einzuräumen. Denn er sagt, wenn die Kindestötung überhaupt milder bestraft wird, so wegen des abnormen Zustandes in und gleich nach der Geburt. „Psychologisch ausgedrückt: Die Einflüsse bei dem Geburtsvorgang wirken derart verwirrend, daß die Furcht vor Not und Schande mit abnormer Kraft ausgestaltet wird und die Normalinstinkte auf Beschützung des Neugeborenen überwältigt." Dieser Satz ist des öfteren insbesondere auch von v. Liszt[173]) aufgestellt worden. Ebenso wie Groß legt er das Schwergewicht auf den Einfluß des Geburtsaktes. „Die weitgehende Berücksichtigung des Ehrenotstandes bei der Kindestötung hat nur darum Eingang in die Gesetzgebung gefunden, weil man annahm und auch heute noch annimmt, daß die motivierende Kraft der Vorstellungen, die den Ehrennotstand begründen, unter dem Einfluß des Geburtsaktes

---

[169]) Über Kindesmord, Arch. f. Krim. Antrop. u. Krim., Bd. 27, S. 224 ff.

[170]) ebenda, S. 242.

[171]) ebenda, S. 245.

[172]) Kriminalpsychologie und Strafpolitik, S. 67 ff.

[173]) Vergl. Darst., Bd. V, S. 117.

wesentlich gesteigert werden." Dagegen stellt Meier[174]) den Ehrennotstand in den Vordergrund; in den von ihr untersuchten Fällen waren zumeist Ehrennotstand, finanzieller Notstand und Verlassenheit Motiv der Tötung. Eine Bewußtseinsstörung oder ein pathologischer Zustand haben nicht vorgelegen, wenn der Zustand auch kein normaler gewesen sei, denn die Frau befinde sich durch die Geburt in ungewohnter Situation und unter dem Zwange einer solchen Menge drückender Tatsachen, daß der Zustand nicht normal genannt werden könne.

Man war also endlich davon abgekommen, einen geistig kranken Zustand der Gebärenden anzunehmen, der die tatsächliche und strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit mindert. Für die Milderung war insbesondere ausschlaggebend der Notstand der unehlichen Mutter in jeder Hinsicht, der ihr unter der Einwirkung des Geburtsaktes besonders kraß erschien und sie zur Tötung des Kindes trieb.

Die andere Frage, ob die Privilegierung nicht auch auf die eheliche Mutter ausgedehnt werden sollte, wurde nur von wenigen bejaht und soweit dies geschah, auch nur von denen, die die Privilegierung in der Hauptsache auf den anormalen körperlichen und seelischen Zustand zurückführten. Hier ist einmal Hoche[175]) zu nennen; er begründet seine Ansicht damit, daß sich auch die eheliche Mutter in dem gleichen erregten Zustand befinde. Selbst wenn dieser nicht allein die Milderung begründe, so sei immerhin zu beachten, daß auch bei ihr Nahrungssorgen, eine unglückliche Ehe usw. eine Rolle spielen können, diese sie zur Tat treiben und die Tat in einem milderen Lichte erscheinen lassen. — Ferner tritt Bovensiepen[176]) dafür ein, denn, wie er ausführt, kann nur der anormale Zustand Grund der Milderung sein. Ehrennotstand könne dazu jedenfalls nicht führen, da sich ein großer Teil der Bevölkerung einer unehelichen Geburt nicht mehr schäme. Im Gegenteil seien uneheliche Kinder auf dem Lande als Arbeitskräfte und uneheliche

---

[174]) Margarete Meier, Beitrag zur Psychologie des Kindesmordes, im Arch. f. Krim. Antropol. u. Krim., Bd. 37, S. 313 ff.

[175]) a. a. O., S. 81.

[176]) Der Kindesmord und seine Bestrafung, ZfSexWissensch., Bd. III, S. 14 ff.

Mütter in der Stadt als Ammen sehr erwünscht. Da aber der Zustand ausschlaggebend sei, müsse die Privilegierung auch der ehelichen Mutter zuteil werden.

Diese Gesichtspunkte finden im Entwurf von 1925 Berücksichtigung, indem tatsächlich die Privilegierung auf die eheliche Mutter erstreckt wird.

Der Vorentwurf von 1909[177]) hat diese Ausdehnung jedoch noch und zwar mit Recht, ausdrücklich abgelehnt. Soweit die Milderung aus psychologischen Gründen geschehen sei, treffe sie auch bei ehelichen Müttern zu, bei den unehelichen Müttern kommen aber weitere Gründe hinzu

„Auch sind alle Gründe, die eine eheliche Mutter zur Tötung veranlassen, nicht an den Geburtsvorgang selbst geknüpft, und wirken deshalb im Augenblick der Geburt auch nicht mit besonderer Stärke"[178]).

Im übrigen aber, und das war der Hauptgrund, wurde diese Ausdehnung abgelehnt, weil es sich aus sittlichen wie kriminalpolitischen Gründen verbiete[179]).

Ganz allgemein hatten sich die Schriftsteller dafür eingesetzt, die Mindestgrenze der Strafe herabzusetzen und im besonderen Maße traten die Mediziner dafür ein. Ein Hauptargument dafür war, daß bei Totschlag nur eine Mindeststrafe von 6 Monaten vorgesehen war, während bei der Kindestötung Gefängnis nicht unter 2 Jahren das Mindestmaß darstellte. Der Entwurf folgte diesen Anregungen und setzte die Mindesthöhe der Strafe auf 6 Monate herunter. Sonst änderte sich die Fassung des Tatbestandes in § 216 nicht. Er hatte folgende Fassung:

„Eine Mutter, die ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Zuchthaus, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft."

Privilegierungsgrund war kein bestimmtes Motiv, sondern alle Gründe, die bei einer unehelichen Geburt eine Rolle spielen und bei der Geburt in verstärktem Maße wirken. Im Gesetz

---

[177]) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: Begründung, Bes. Teil, Berlin 1909.

[178]) Die Reform des RStGB. (Aschrott u. v. Liszt, II. Bd., S. 275).

[179]) Vorentwurf Begr., Bes. Teil, § 216.

wurde das nur insoweit zum Ausdruck gebracht, als der Tatbestand auf die Zeit in oder gleich nach der Geburt beschränkt wurde[180]).

Auf den Entwurf von 1909 folgte 1911 ein Gegenentwurf[181]), aufgestellt von Kahl, v. Liszt, Lilienthal und Goldschmidt. Sein Zweck war, die Reform zu beschleunigen und den Vorentwurf in Inhalt und Form weiterzuentwickeln. Der Tatbestand der Kindestötung sollte im § 256 dadurch gebessert werden, daß die Fassung „in oder gleich nach der Geburt" aufgegeben und an ihre Stelle die Fassung treten sollte: „unter der Einwirkung der durch den Geburtsvorgang hervorgerufenen Störungen". Damit sollte schärfer zum Ausdruck gebracht werden, daß der legislative Grundgedanke der milderen Bestrafung in dem physiologischen Moment zu finden sei. Diese Fassung schloß sich an den österreichischen und schweizerischen Vorentwurf an und folgte den Gedanken Lilienthals. — Eine weitere Änderung erbrachte der Gegenentwurf in Beziehung auf das Strafmaß. Er setzte die Grenzen für die Höchststrafe von 15 Jahren auf 10 Jahre herunter. Dafür wurde aber die Bestimmung über die mildernden Umstände gänzlich fortgelassen, so daß damit die Mindeststrafe auf 1 Jahr Zuchthaus hinaufgesetzt wurde.

Der Entwurf von 1913[182]) folgte dem Gedanken des Gegenentwurfs nur teilweise in Bezug auf das Strafmaß. An der alten Fassung hielt er im § 282 jedenfalls fest:

„Eine Mutter, die ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft".

Aber wie der Gegenentwurf sieht er als Höchststrafe nur 10 Jahre Zuchthaus vor, läßt jedoch die Mindeststrafe von 6 Monaten bestehen.

Ein nächster Entwurf folgte bald nach dem Kriege im Jahre 1919[183]). Er faßte den Tatbestand wie folgt.

---

[180]) Vgl. Anm. 179 d. Arb.

[181]) Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, Berlin 1911.

[182]) Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Teil I.

[183]) Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Teil II.

§ 285: „Eine Mutter, die ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft." Die Höchststrafe von 10 Jahren wurde damit beibehalten. Im Tatbestand selbst war eine Gefängnisstrafe überhaupt nicht vorgesehen, und zwar war, weil auch bei anderen Delikten mildernde Umstände in Betracht kommen konnten, dieser Gesichtspunkt einmalig in § 114 geregelt. Danach konnte, wenn die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren war, bei mildernden Umständen die Strafe bis zu 3 Monaten Gefängnis ermäßigt werden. Somit ist auch hier wieder eine weitere Milderung vorgesehen gewesen. Lag ein Fall verminderter Zurechnungsfähigkeit vor, konnte die Strafe sogar über § 111 und § 18 II bis zu einem Tag Gefängnis herabgesetzt werden.

Eine völlige Änderung des Tatbestandes der Kindestötung bringt der Entwurf von 1925[184]) im § 225. Der Tatbestand lautet:

„Eine Mutter, die ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Gefängnis bestraft.

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren."

Damit hat der Privilegierungsgedanke, der mit jedem Entwurf stärker in Erscheinung trat, seinen Höhepunkt erreicht. Die Kindestötung ist also nicht mehr ein Verbrechen, sondern lediglich ein Vergehen. Der Versuch bleibt überhaupt straffrei. Die Grundstrafe ist Gefängnis schlechthin, ein erhöhtes Mindestmaß ist nicht vorgesehen. Damit ist ein Strafmaß gefunden worden, das dem Wert des Objekts auch nicht im mindesten mehr entspricht. Während im Entwurf von 1919 die Zuchthausstrafe als ordentliche Strafe bewußt beibehalten wurde, da eine andere als diese „mit der Tatsache, daß es sich um die vorsätzliche Vernichtung eines Menschenlebens handelt, nicht vereinbar und aus Gründen der Generalprävention nicht möglich"[185]) war, ist Zuchthausstrafe jetzt nur noch in besonders

---

[184]) Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, Teil I.

[185]) Entw. zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Teil III, Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, § 285.

schweren Fällen vorgesehen. Darüber hinaus soll auch der ehelichen Mutter die Privilegierung zuteil werden, und zwar wird dies von dem amtlichen Entwurf folgendermaßen begründet: Die frühere Regelung „berücksichtigt nicht genügend, daß der Geburtsvorgang das Seelenleben einer jeden Frau auf das tiefste erschüttert und daß die eheliche wie die uneheliche Mutter in ihrer seelischen Widerstandskraft durch den Geburtsvorgang geschwächt und trüben Vorstellungen in ihrem Zustande besonders zugänglich, je nach Lage der wirtschaftlichen Verhältnisse in gleicher Weise von dem Gedanken überwältigt werden kann, sie werde das Kind nicht ernähren können und es sei besser, es durch Vernichtung des kaum begonnenen Lebens vor Not und Elend zu bewahren"[186]).

Diese starke Privilegierung wird denn auch im folgenden Entwurf von 1927[187]) zum Teil wieder eingeschränkt, und zwar dadurch, daß er eine Mindeststrafe von 6 Monaten festlegt und den Versuch für strafbar erklärte.

§ 252: „Eine Mutter, die ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft. Der Versuch ist strafbar.

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren."

Der Versuch wurde „mit Rücksicht auf die gebotene Achtung vor dem menschlichen Leben"[188]) wieder für strafbar erklärt.

In den darauffolgenden Beratungen im Reichstagsausschuß wurden die verschiedensten Änderungsanträge gestellt, die teilweise auf eine noch stärkere Privilegierung hinausliefen, wie z. B. der Antrag, folgenden Absatz 3 an Stelle des zu streichenden bestehenden Absatzes 3 zu setzen:

„Hat die Mutter die Tat unter dem Druck einer wirtschaftlichen Notlage ausgeführt, so ist die Täterin straffrei."

---

[186]) Amtl. Entwurf, Teil II, S. 117.

[187]) Entw. eines Allg. Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begr. Berlin 1927.

[188]) Entwurf 1927, Begründung S. 128.

teilweise aber auch auf ein höheres Strafmaß gerichtet waren[189]). Zum Schluß der Sitzung wurde jedoch der § 252 der Regierungsvorlage mit 15 Stimmen angenommen.

In dieser Richtung und bis zu dieser starken Privilegierung in der Literatur und in den Strafrechtsentwürfen hatte sich die rechtliche Behandlung der Kindestötung entwickelt, als die nationalsozialistischen Ideen in Deutschland zur Herrschaft gelangten und damit zugleich eine andere Anschauung über das Verbrechen in den Vordergrund gestellt wurde. Die Stellungnahme des Nationalsozialismus gegenüber der Kindestötung soll jedoch erst später, wenn auch die Haltung des Auslandes hinsichtlich dieses Verbrechens dargelegt worden ist, behandelt werden.

B. Das außerdeutsche Strafrecht.

I. Allgemeines.

Nachdem wir die Entwicklung des Verbrechens der Kindestötung im deutschen Recht verfolgt und die zur Zeit herrschende Auffassung festgestellt haben, soll im folgenden kurz dargestellt werden, wie die außerdeutschen Länder dieses Problem in ihren neueren Gesetzgebungen oder Entwürfen behandeln. v. Liszt hat in dem Werk „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts" die Rechtsvergleichung bis ungefähr 1905 auch auf diesem Gebiete geführt. Hier soll die Rechtsentwicklung der folgenden Zeit dargelegt werden. In den verschiedensten Staaten sind neue Strafgesetzbücher in Kraft getreten oder sind Entwürfe geschaffen worden, die ich, soweit sie mir zugänglich waren, verwertet habe. Verzichten mußte ich leider auf die Strafgesetzbücher von Jugoslawien vom Jahre 1929, Estland vom Jahre 1935 und Rumänien, dessen Strafgesetzbuch

---

[189]) Vgl. dazu Verhandlungen des Strafrechtsausschusses d. Reichstags, Bd. II, 66. Sitzung vom 17. 5. 29, Berlin 1932.

erst am 1. Januar 1937 in Kraft getreten ist. Im übrigen habe ich mich nicht auf die europäischen Staaten beschränkt, sondern zum Teil auch die Strafgesetzgebungen außereuropäischer Staaten wie Japan, China usw. mit herangezogen.

Es sollen nur die großen Gesichtspunkte hinsichtlich des Verbrechens dargelegt werden, und zwar folge ich hierin der Anordnung v. Liszts. Wenn auch im allgemeinen die Tendenz dahin geht, das Delikt auf Grund des ihm zugrundeliegenden Motivs als ein besonderes hervorzuheben und es zu einem privilegierten zu machen, so gibt es doch einige Staaten, die diese Richtung nicht eingeschlagen haben oder aber, falls sie diesen Weg gegangen sind, für die Privilegierung andere Gründe maßgebend sein lassen. Es sind demnach die Fragen zu behandeln, in welchen Ländern ist die Kindestötung kein delictum sui generis, wo tritt sie als qualifizierte, wo als privilegierte Tötung auf. Was sind im einzelnen die Gründe für eine Privilegierung und welche Folgen ergeben sich daraus für die weitere Behandlung des Verbrechens. Sofern ein Sondertatbestand für die Kindestötung in den Gesetzgebungen vorhanden ist, handelt es sich hinsichtlich des Objekts des Verbrechens um ein neugeborenes Kind, das während oder kurz nach der Geburt getötet wurde. Abweichungen davon sind jedenfalls selten, dieses Verbrechen fällt dann auch nicht unter die Kindestötung im technischen Sinne. Was in einzelnen Staaten unter neugeborenen Kindern verstanden wird, ist nicht immer in den Gesetzen ausdrücklich gesagt, ergibt sich dann aber aus dem Motiv der Privilegierung. Ebensowenig läßt sich an Hand der Gesetze feststellen, von welchem Moment an eine Tötung möglich ist und wann noch eine Abtreibung vorliegt. Allgemein liegt es aber so, daß die Tötung während der Geburt bereits Tötung im eigentlichen Sinne ist, das Vorhandensein eines Menschen also schon mit dem Beginn der Geburt angenommen wird. — Auch das Verhältnis zwischen Aussetzung und Tötung soll unerörtert bleiben, da mir dazu notwendige Kommentare zumeist unzugänglich waren. Erwähnt werden sollen aber die Staaten hinsichtlich der Kindesaussetzung, die auch für die Aussetzung neugeborener Kinder in Anlehnung an die Kindestötung einen privilegierten Kindesaussetzungstatbestand geschaffen haben.

II. Die Kindestötung.

Bis zum Jahre 1900 noch konnten in der Strafgesetzgebung Europas und darüber hinaus drei scharf getrennte Gruppen in der Behandlung der Kindestötung unterschieden werden. Und zwar folgte die erste Gruppe dem deutschen Recht und behandelte demgemäß die Kindestötung als privilegiertes Delikt, die zweite Gruppe folgte der ursprünglich französischen Auffassung, d. h. die Kindestötung galt bei ihr als qualifizierte Tötung und zog eine härtere Strafe als die gemeine Tötung nach sich, während die dritte Gruppe, die englisch-amerikanische, überhaupt keinen Sondertatbestand für die Kindestötung besaß, sondern sie unter den allgemeinen Tatbestand der Tötung subsumierte. Seitdem hat sich aber die Auffassung, daß die Kinddestötung wegen ihrer Eigenart als privilegiertes Delikt zu behandeln sei, fast überall durchgesetzt, so daß diese drei Gruppen fast gänzlich verschwunden sind. Nur noch wenige Ausnahmen sind vorhanden. Die Gründe, die aber letzten Endes zur Privilegierung führten, sind nicht einheitlich, wie sich aus der Fassung der Gesetze ergibt, und wie später noch aufgezeigt werden wird. Zunächst ist der gegenwärtige Rechtszustand klarzulegen, um sodann auf die Gründe und Folgen einzugehen.

1. Die Kindestötung als gemeine Tötung.

So wie auch Deutschland in seinem neuesten Entwurf davon abgegangen ist, die Kindestötung als privilegierte herauszustellen, haben auch andere, wenn auch nur vereinzelte Staaten davon abgesehen.

In erster Linie ist hierbei Japan zu nennen, wenn auch der Entwurf von 1931, der später zu behandeln ist, eine andere Auffassung vertritt. Im geltenden Strafgesetzbuch von 1907[1]) zählt die Kindestötung ohne weiteres zur gemeinen Tötung. Sie fällt nicht einmal unter den Verwandtenmord, da hiervon nur die Verwandten aufsteigender Linie erfaßt werden (§ 200). — Dieselbe Behandlung wird dem Verbrechen in Sowjetrußland zu-

---

[1]) Strafgesetzbuch für das kaiserlich japanische Reich vom 23. 4. 1907 (Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 23, Berlin 1908).

teil, das sich 1926 ein neues Strafgesetzbuch gegeben hat[2]). Im Besonderen Teil ist für dieses Verbrechen kein Sondertatbestand enthalten, mithin auch kein privilegierter, so daß die Kindestötung mit der Strafe der gemeinen Tötung gemäß § 137 bestraft werden müßte. Dies überrascht zunächst, da Sowjetrußland bis vor kurzem noch den Wert des Menschenlebens kaum achtete. Es ist in diesem Fall aber § 48 zu beachten, der einen Ausgleich schafft und die Anwendung der vollen Strafe der gemeinen Tötung verhindert. Nach § 48 gilt als mildernder Umstand, der bei der Zumessung einer Maßnahme des sozialen Schutzes (Freiheitsentziehung) zu beachten ist, wenn die Tat begangen wurde: unter Einwirkung einer starken seelischen Erregung (§ 48 e) oder: von einer Frau, die sich im Zustand der Schwangerschaft befindet (§ 48 h). Hierdurch wird das Verbrechen zwar nicht zu einem privilegierten, wird aber nach allgemeinen Gesichtspunkten milder bestraft. Da Milderungsgrund gemäß § 48 die Schwangerschaft, also der körperliche und seelische Zustand der Täterin ist, kommt die Milderung sowohl der ehelichen wie der unehelichen Mutter zugute[3]) [4]).

---

[2]) Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik (Deutsch von Gallas), Berlin-Leipzig 1931.

[3]) Der Entwurf von 1930 (Krylenko) entsprach völlig kommunistischen Ideen. Die Tatbestände des Besonderen Teils waren beseitigt, die materiellen Delikte wurden anerkannt, ohne an Tatbestände gebunden zu sein. Einige beibehaltene weitgefaßte Tatbestände sollten dem Richter nur zur Orientierung dienen (Maurach: Zeitschr. f. osteurop. Recht, N. F., 2. Jahrg., S. 119). Den Entwurf selbst hatte ich leider nicht zur Hand. Dieser Entwurf fand allmählich aber weniger Anklang, sodaß im Entwurf 1935 die Sonderttatbestände wieder hergestellt wurden (Maurach, a. a. O., S. 107). Der Entwurf von 1935 ist amtlich noch nicht veröffentlicht.

[4]) Den rumänischen Entwurf von 1933 und das Gesetzbuch von 1936 konnte ich nicht erlangen. Hierbei kann ich mich nur auf die Broschüre von Hausknecht „Die neue Strafgesetzgebung Rumäniens" stützen, der einen kurzen systematischen Überblick gibt. Er erwähnt einen besonderen Tatbestand für Kindestötung nicht, sondern führt bei den Verbrechen gegen Privatpersonen nur Mord, Totschlag, schwere Körperverletzung und Abtreibung der Leibesfrucht auf, was jedoch nicht unbedingt dafür spricht, daß es einen Sondertatbestand im rumänischen Recht nicht gibt.

2. Die Kindestötung als qualifizierte Tötung.

Auch hier sind es nur noch wenige Strafgesetzgebungen, die das Verbrechen als ein qualifiziertes behandeln. Bis 1900 vertreten diese Ansicht, wie schon gesagt, alle Länder, die dem französischen Recht folgen, insbesondere Belgien und die romanische Schweiz. Frankreich selbst hat diese Haltung im Gegensatz zu anderen Ländern sehr lange, bis 1901 beibehalten und hat diesen Standpunkt dann schließlich aufgegeben[5]). — Belgien folgte dem Beispiele Frankreichs. Artikel 396[6]) qualifiziert allerdings noch immer die Kindestötung schlechthin:

„Est qualifié infanticide le meurtre commis sur un enfant au moment de sa naissance ou immediatement après"

und bestraft sie gemäß Mord oder Meuchelmord, d. h. mit dem Tode oder lebenslänglicher Zwangsarbeit. Subjekt kann in diesem Falle jeder sein, nicht nur die Mutter oder die Eltern, was insofern gerechtfertigt ist, als diese Tötung härter bestraft wird als die gemeine Tötung. Der eigentliche Kindesmord, die Tötung seitens der unehelichen Mutter, wird jetzt aber auch im belgischen Recht privilegiert[7]). — In der Schweiz sind nach Stooß[8]) zwei Gruppen zu unterscheiden. Die Kantone, die dem deutschen und die, die französischem Recht folgen. Letztere Gruppe versuchte beide Auffassungen zu verbinden, wobei die meisten Kantone in den neuen Gesetzgebungen soweit gingen, daß auch sie an Stelle der qualifizierten eine privilegierte Tötung setzten. Einer der Kantone, die die qualifizierte Tötung zumindest dem Wortlaut nach beibehalten haben, ist Genf. Im Art. 257[9]) ist gesagt:

„Est qualifié le meurtre commis sur un enfant nouveau-né au moment de sa naissance ou immédiatement après".

---

[5]) Die Todesstrafe war zwar grundsätzlich gemäß Art. 302 Code pénal vorgesehen. Verhängt wurde sie jedoch nur selten, insbesondere da schon ein Gesetz vom Jahre 1824 im Art. 5 den Richtern erlaubt, die Strafe des Art. 302 in lebenslängliche Zwangsarbeit umzuwandeln. (Jarke, Handb. III. Bd., S. 287, Anm. 41.)

[6]) Les Codes, vingt-et-unième Ed. (Servais Mechalynk) Bruxelles 1935.

[7]) Vgl. dazu Abschnitt 3.

[8]) Grundzüge, II, § 69, S. 18.

[9]) Code Pénal Du Kanton Genève. Ed. Révisée 1924.

Dem Sinne nach ist aber die Tötung ebenso wie im belgischen Recht nur qualifiziert, wenn vom Vater oder einem Dritten begangen. Für diese ist lebenslängliches Zuchthaus vorgesehen, während der gemeine Mord nur mit 10 bis 20 jährigem Zuchthaus zu bestrafen ist. Die Mutter, die uneheliche wie die eheliche (anders als im belgischen Recht) wird jedoch ebenfalls privilegiert. Denn für sie beträgt die Strafe nur 3 bis 10 Jahre Zuchthaus.

Somit können wir feststellen, daß der eigentliche Kindesmord überhaupt nirgends mehr qualifiziert wird.

3. Kindestötung als privilegierte Tötung.

Die Strafgesetzgebungen, die die Kindestötung privilegieren, sind bei weitem in der Mehrzahl. Hatten sich schon bis zum Jahre 1900 die meisten Länder zu dieser Auffassung bekannt, so folgten nach 1900 schließlich auch die Staaten, die das Verbrechen bis dahin als gemeine oder gar qualifizierte Tötung behandelt hatten. In der Hauptsache sind hier England, Frankreich und Belgien zu nennen.

England hat sogar erst im Jahre 1922 durch Gesetz die Kindestötung zu einem ausgezeichneten Verbrechen gestaltet. „An Act to provide that a woman who wilfully causes the death of her newly born child, may under certain condition, be convicted of infanticide"[10]). Bis dahin galt der Kindesmord als gemeine Tötung. In England herrschte sogar bis 1929 der eigenartige Zustand, daß die Tötung eines Kindes nach der Geburt „when it has proceded in a living state from the body of its mother"[11]) und die Tötung der noch nicht geborenen Frucht, also die Abtreibung strafbar war, aber die Tötung eines Kindes während der Geburt von keinem Gesetz erfaßt wurde und straflos blieb[12]). Dies wurde auch durch das Gesetz von 1922 nicht geändert, das nur einen Sondertatbestand für die Kindestötung

[10]) Infanticide Act. Ztschr. f. gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 44, S. 194.

[11]) Stephen, A Digest of the Criminel Law, S. 175.

[12]) „A child in the act of birth, even though such child may have breathed, is not a human being and the killing of such a child is not homicide". (Stephen, a. a. O., Art. 239.) Vgl. dazu auch Krit.Viert.Jahrsschr., Bd. 24, S. 232.

dadurch schuf, daß es eine besondere Strafe für die Tötung eines neugeborenen Kindes nach der Geburt festsetzte, die Tötung während der Geburt jedoch nicht erwähnte[13]). Die Tötung eines Kindes bei der Geburt wurde erst durch die Infant Act von 1929 für strafbar erklärt. Danach macht sich der Kindeszerstörung schuldig, wer in der Absicht, ein Kind zu zerstören, das fähig ist, lebendig geboren zu werden, den Tod eines Kindes verursacht. Derjenige kann mit lebenslangem Zuchthaus bestraft werden[14]). Hierbei ist aber eine Privilegierung der Mutter wie im Gesetz von 1922 nicht vorgesehen, so daß gesetzlich eine Privilegierung nur möglich ist, wenn die Tat erst nach der Geburt begangen wurde. Praktisch dürfte es aber auf das gleiche hinauslaufen, da der Richter nicht gezwungen ist, auf Grund des letzteren Gesetzes eine Strafe zu verhängen. Er kann eine pro-forma-Strafe verhängen, er kann aber auch von einer Freiheitsstrafe überhaupt absehen[15]).

In Frankreich wurde 1901 ein Gesetz erlassen, das die Kindestötung als qualifiziertes Verbrechen abschaffte und in Absatz 2 des Art. 302 ein besonderes Strafmaß für die Mutter bestimmte. Im Vergleich zu anderen Gesetzgebungen war dieses aber noch immer sehr hoch bemessen. In Abs. 2 wird gesagt:

„Toutefois la mère, auteur principal ou complice de l'assassinat ou du meurtre de son enfant nouveau-né sera punie, dans le premier cas des travaux forcés à perpétuite, et dans le second cas, des travaux forcés à temps."

Dies ist auch das noch zur Zeit geltende Recht. Der Gesetzgeber habe, sagt Vidal[16]), als er diese übermäßigen Strafen aussprach,

---

[13]) „Where a woman by any wilful act or omission causes the death of her newly-born child, but of the time of the act or omission she hat not fully recovered from the effect of giving birth, to such child, and by any reason thereof the balance of her mind was then disturbed, she shall, notwithstanding that the circumstances where such that but for this Act the offence would have amounted to murder, be guilty of felony to wit of infanticide and may for such offence be dealt with and punished as if she had been guilty of manslaughter of such child." (ZStrW. 44, S. 194.)

[14]) Kritische Vierteljahrsschr. 24, S. 232 ff.

[15]) Vgl. Anm. 14.

[16]) Cours de droit criminel, S. 336.

keine Rücksicht auf die Lage der Mutter genommen. Die Folge davon war eine große Anzahl von Freisprüchen. Daher sieht der Entwurf von 1934 weit geringere Strafen vor. Hiernach ist im Strafmaß kein Unterschied mehr zu machen, ob sie als Täterin oder als Teilnehmerin tätig war, dafür aber soll entscheidend sein, ob sie den Entschluß schon vor der Geburt gefaßt hatte oder erst später. Im ersten Fall ist zeitige Zwangsarbeit, im zweiten Fall Gefängnis schlechthin vorgesehen[17]).

Dieselbe Unterscheidung zwischen Tötung auf Grund eines bereits vorher gefaßten Entschlusses und einer Tötung, veranlaßt durch den Geburtsvorgang selbst, macht auch das Strafgesetzbuch Belgiens, das in dem Art. 396 einen privilegierten Fall der Kindestötung geschaffen hat[18]). War der Entschluß der Tötung nicht vorhanden, soll die Strafe in 10- bis 15jähriger Zwangsarbeit bestehen, andernfalls in 15- bis 20jähriger Zwangsarbeit.

Nachdem die Kantone der deutschen Schweiz sich schon früher der deutschen Auffassung angeschlossen hatten[19]), folgten in der neueren Zeit auch die Strafgesetzgebungen der romanischen Schweiz. Vaudois, wo 1931 ein neues Strafgesetzbuch in Kraft trat, behandelt den Kindesmord im Art. 116[20]). Danach soll die Mutter, die ihr Kind in oder während der Geburt tötet, mit Zuchthaus oder Gefängnis von 4 Jahren und mehr bestraft werden. Eine weitere Minderung ist im Abs. 2 vorgesehen, der

---

[17]) Art. 361: Toutefois la mère auteur principal ou complice du meurtre de son enfant nouveau-né, sera punie, si le meurtre a été prémédité, des travaux forcés à temps et dans tout autre cas, de la réclusion . . . (Magnol, L'Avant Projet).

[18]) so auch das noch geltende Strafgesetzbuch Griechenlands von 1834.

[19]) Basel, Strafgesetzbuch von 1872 sieht im § 103 für die uneheliche Mutter eine Zuchthausstrafe von 3—15 Jahren vor, bei mildernden Umständen nicht unter 6 Monaten Gefängnis. — Zurich, 1897: § 137 bestimmt für die uneheliche Mutter, wenn sie das Kind in dem mit dem Geburtsakt verbundenen Zustand der Erregung tötet, eine Zuchthausstrafe von 2—10 Jahren. — Luzern, 1806/7 setzt eine Zuchthausstrafe von 5—10 Jahren oder 3—6 Jahren fest, je nachdem, ob der Entschluß bereits zuvor gefaßt war oder nicht. — Bern, 1866, revidiert 1928, sieht eine Zuchthausstrafe schlechthin vor.

[20]) Code Pénal Vaudois, Genf usw. 1933.

sagt: „Si la mort est le résultant de l'ommission intentionelle des soins indispensables à la conservation de l'enfant, la peine est une réclusion de trois ans au plus ou l'imprisonnement pour trois ans au plus." Wie im französischen Entwurf und im belgischen Recht wirkt es erschwerend, wenn der Tötungsentschluß bereits vorher gefaßt worden war. Dann soll die Strafe 8 Jahre und mehr betragen. — Freiburg, das 1924 ein neues Strafgesetzbuch erhalten hat[21]), sieht Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder Gefängnis nicht unter einem Jahre vor. (Art. 57). Diese starke Anpassung an das Strafrecht der deutschen Schweiz war zum Teil auch bedingt durch den Wunsch, ein einheitliches Recht für das gesamte Gebiet zu schaffen. Stooß, der die Vereinheitlichung des Schweizer Strafrechts angeregt hatte und dem die Vorarbeiten übertragen worden waren[22]), lieferte schon 1897 den ersten Entwurf, dem er vollständig die deutsche Auffassung zugrundelegte. Es folgen weitere Entwürfe in den Jahren 1903, 1916 und schließlich 1918[23]) (der noch in der Beratung ist). Nach letzterem Entwurf soll die Mutter, die ihr Kind, solange sie unter dem Einfluß des Geburtsvorganges steht, tötet, mit Zuchthaus bis zu 3 Jahren oder Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft werden. Somit hat die Schweiz schon 1918 eine stärkere Privilegierung als Deutschland in seinen Entwürfen von 1913 und 1919, geht aber nicht so weit wie die Entwürfe von 1925 und 1927 und wie der östereichische Entwurf von 1927[24]) der mit dem deutschen von 1927 wörtlich übereinstimmt. — In Geltung ist in Österreich noch immer das Strafgesetzbuch von 1852, wonach gemäß § 139 die Strafe für die eheliche Mutter in lebenslänglichem schweren Kerker besteht. Für die uneheliche Mutter beträgt die Strafe 10- bis 20jährigen schweren Kerker, wenn sie das Kind durch Handlungen getötet hat, und 5- bis 10 jährigem schweren Kerker, wenn sie es durch Unterlassungen umkommen ließ. Sonach unterscheidet das

---

[21]) Strafges.-Buch für den Kanton Freiburg, Freiburg 1924.

[22]) Schauensee, Geschichte und Kritik, S. 3.

[23]) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Schweizer Strafges.-Buches vom 23. 7. 1918.

[24]) Kadecka, Der österreichische Strafgesetzentwurf vom Jahre 1927, 2. Aufl., Wien 1931.

österreichische Recht nach zwei Richtungen hin, einmal danach, ob ein eheliches oder uneheliches Kind getötet wurde[25]), und sodann, aber nur bei dem unehelichen, ob ein Tun oder ein Unterlassen Ursache des Todes war. Ist letzteres der Fall, tritt eine doppelte Milderung ein[26]). Die Entwürfe von 1909[27]) und 1927 setzten die Strafe herab und glichen sich somit dem deutschen Recht an. Der Entwurf von 1909 begrenzt die Strafe auf Kerker oder Gefängnis von 1 bis zu 10 Jahren und im Entwurf 1927 ist eine völlige Angleichung an die deutsche Rechtsauffassung (Entwurf 1927) erreicht. Soweit also hierüber etwas zu sagen ist, sei auf die obige Abhandlung verwiesen.

So wie die eben angeführten Staaten haben sich auch die anderen Staaten Europas mit nur wenig Ausnahmen zu dem Privilegierungsgedanken bekannt und haben das Verbrechen mit einem milderen Strafmaß belegt. Während auf Mord gemeinhin Tod, lebenslängliches Zuchthaus oder zumindest langjährige Zuchthausstrafe steht, ist für die Kindestötung allgemein eine kurzzeitige Zuchthaus- oder gar Gefängnisstrafe vorgesehen[28]).

---

[25]) Mit der Beseitigung der Todesstrafe 1918 wurde die Privilegierung der ehelichen Mutter illusorisch, da schwerer lebenslänglicher Kerker unter diesen Umständen das höchste Strafmaß war. Erst mit der Wiedereinführung der Todesstrafe 1934 wurde die Privilegierung wieder praktisch.

[26]) Im übrigen vgl. S. 36 ff. dieser Arbeit.

[27]) Erläuternde Bemerkungen zum Vorentwurf. Wien 1910.

[28]) Als wichtigste seien hier kurz angeführt: Italien, Strafgesetzbuch von 1930, sieht im Art. 578 Abs 1 Zuchthaus von 3 bis zu 10 Jahren vor. Spanien, 1932, verhängt im Art. 416 „la pena de prisión menor en sus gradus minimo y medio". Norwegen sieht nur Gefängnis von 1 bis zu 8 Jahren vor (§ 234), der Versuch kann sogar straflos bleiben, sofern keine Verletzung des Kindes vorliegt. — Polen, 1932, setzt im Art. 226 Gefängnis bis zu 5 Jahren fest. Da in Polen die Gefängnisstrafe aber nie unter 6 Monaten beträgt, ist eine gewisse Mindesthöhe der Strafe gewahrt. — Die Tschechoslowakei hat noch kein neues Strafgesetzbuch. Der Entwurf von 1926 will unterscheiden, ob die Mutter Täterin oder Teilnehmerin war und hält dementsprechend eine Kerkerstrafe von 1 bis zu 8 Jahren oder Gefängnisstrafe von 6 Monaten bis zu 3 Jahren für gerechtfertigt. — Dänemark, 1930, Art. 238: Gefängnis bis zu 4 Jahren. Hier ist ebenfalls die Möglichkeit vorgesehen, bei Versuch auf Geldstrafe zu erkennen, sofern das Kind keinen Schaden erlitten hat. In Griechenland ist noch das alte Strafgesetzbuch von 1834 in Geltung. 1924

Die Privilegierungsgedanken sind aber nicht auf die europäische Strafgesetzbuch beschränkt geblieben, sondern sind auch von den außereuropäischen Staaten wie z. B. von China, Japan, der Türkei und südamerikanischen Staaten aufgenommen worden. China bestraft gemäß § 274 des Strafgesetzbuchs von 1935 die Mutter, die ihr neugeborenes Kind während oder kurz nach der Geburt tötet, mit Gefängnis von 6 Monaten bis zu 5 Jahren[29]). Der Versuch ist strafbar. Somit hat sich das chinesische Recht auch bezüglich dieses Verbrechens in Fassung und Strafmaß dem europäischen Recht angepaßt. Aber anders als dieses ist es schließlich zu diesem Ergebnis gekommen. Während Europa allmählich von der Qualifizierung zur Privilegierung überging, galt China noch im vorigen Jahrhundert als das klassische Land der Kindestötung[30]). Erst in den letzten Jahrzehnten hat es die Tötung Neugeborener für strafbar erklärt. Die gleiche Entwicklung hat Japan durchgemacht. Auch hier ist die Kindestötung noch nicht allzulange ein strafbares Verbrechen. In dem geltenden Strafrecht fällt, wie wir oben sahen, die Kindestötung unter die gemeine Tötung. Der Entwurf von 1931[31]) aber sieht einen privilegierten Fall der Kindestötung vor und bestraft ihn mit Zuchthaus von 2 bis zu 10 Jahren.

Das türkische Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1926[32]) verlangt zur Erfüllung des Tatbestandes mehr als nur die vorsätz-

und 1934 sind jedoch Entwürfe veröffentlicht worden. Der Entwurf von 1924 gleicht dem deutschen Entwurf von 1913 völlig. Eine Mutter, die ihr neugeborenes uneheliches Kind tötet, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten (Art. 281). Den Entwurf von 1934 konnte ich nicht zur Hand bekommen. — Ungarn, § 284, Kerker bis zu 5 Jahren, — Das neue lettische StGB. von 1933 bestraft die Mutter mit Korrektionshaus. § 14 gibt die Grenzen für Korrektionshaus mit 1 bis zu 4 Jahren an. Der Versuch wird besonders für srafbar erklärt.

[29]) Einen Unterschied zwischen Gefängnis und Zuchthaus kennt China nicht. — Das StGB. war leider in keiner authentischen Übersetzung zu haben, so daß ich mich nur auf die private Übersetzung eines Chinesen berufen kann.

[30]) Wilutzky, Vorgeschichte, Bd. III, S. 8.

[31]) 3. Fassung von 1936. Die benutzte Übersetzung von K. Saito ist eine unveröffentlichte Privatarbeit.

[32]) Das türkische Strafgesetzbuch vom 1. 3. 1926 (Sammlung außerdeutscher StGB., Bd. 46. Berlin-Leipzig 1927).

liche Tötung eines neugeborenen unehelichen Kindes. Die Tötung muß begangen worden sein, ehe das Kind in das Zivilstandsregister eingetragen wurde. Als neugeboren gilt hier auch nicht wie üblich, ein Kind von 24 Stunden oder unbegrenzte, aber kurze Zeit, sondern die Frist ist bis zu 5 Tagen hinausgeschoben (Art. 453)[33]).

Auch das Strafrecht anderer außereuropäischer Staaten gleicht dem europäischen. Von den südamerikanischen Staaten seien Uruguay, wo 1933 ein neues Strafgesetzbuch in Kraft trat[34]), und Kolumbien erwähnt, das 1936 ein solches erhielt[35]). Beide behandeln die Kindestötung unter bestimmten Voraussetzungen, die unten noch zu erörtern sein werden, als privilegiertes Delikt. Bei dem Tatbestand Kolumbiens finden wir übrigens dasselbe Tatbestandserfordernis wie beim türkischen Recht, nämlich das Kind darf noch nicht in das Zivilstandsregister eingetragen gewesen sein. Der Begriff neugeboren ist sogar noch weiter gefaßt, da ein Kind bis zu 8 Tagen als neugeborenes in dem Sinne gilt (Art. 369). Nach dem Strafrecht Uruguays ein Kind bis zu 3 Tagen. Als Strafe verhängt Kolumbien Gefängnis bis zu 6 Jahren, Uruguay nur bis zu 4 Jahren.

In allen bisher erwähnten Rechten gab es nur e i n e n privilegierten Tatbestand der Kindestötung. Anders das Strafgesetzbuch der Niederlande[36]). Hier wird zwischen Kindestotschlag und Kindesmord unterschieden, und zwar bestraft Art. 290 „De moeder, die onder de werking van vrees voor de ontdekking van haare bevalling haar kind bij of kort na de geboorte opzettelijk van het leven berooft als schuldig aan kinderdoodslag" mit Gefängnis bis zu 6 Jahren. Dagegen wird die Mutter, die die Tat „van een onder de werking van vrees voor de

---

[33]) Wir finden hier die originelle Regelung, daß, da nur die Tötung unehelicher Kinder unter bestimmten Voraussetzungen privilegiert ist, die Tötung ehelicher Kinder unter die gemeine Tötung fällt. Die Tötung von Adoptivkindern gilt dagegen als qualifizierte. (Art. 449, 456.)

[34]) Projecto Para Un Nuevo Codigo Pénal. (Diario Oficial vom 2. 3. 33.) Durch Gesetz vom 13. 12. 33 zum Gesetz erklärt.

[35]) Texto Definitivo De La Ley 95 De 1936, Sobre Codigo Pénal (Diario Oficial vom 29. 10. 1936, Ley 95). Durch Gesetz vom 21. 1. 37 zum Gesetz erklärt. In Kraft tretend 1. 1. 38.

[36]) Wetboek van Strafrecht. Elfde Druck, Zwolle 1931.

ontdekking van haare aanstaande (bevorstehende) bevalling genomen besluit" ausführt, wegen Kindesmordes mit Gefängnis bis zu 9 Jahren bestraft (Art. 291).

Eine besondere Regelung bringt auch Bulgarien[37]) im Art. 255. Danach ist für den Vater eine größere Privilegierung vorgesehen als für die Mutter, wenn er eine eben erst geborene Leibesfrucht von unnatürlichem Aussehen tötet. Der Vater wird mit Gefängnis bestraft, die privilegierte Mutter, die ihr Kind in oder kurz nach der Geburt tötet, mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren.

4. Der legislative Grund der Privilegierung.

Im allgemeinen sind sich die Strafgesetzgebungen darüber einig, daß die Mutter oder zumindest die uneheliche Mutter, die ihr neugeborenes Kind tötet, milder zu bestrafen sei. Welcher Grund aber letzten Endes die gesetzliche Privilegierung rechtfertigen soll, darüber gehen die Meinungen auseinander. Wie wir bereits oben gesehen haben, sind auch in Deutschand die verschiedensten Meinungen in dieser Hinsicht vertreten worden. Ebenso ist es mit den herrschenden Ansichten der einzelnen Staaten. Einmal kann man, wie auch das deutsche Strafgesetzbuch von 1871, den Milderungsgrund in dem krankhaften erregten Zustand der Gebärenden erblicken, der ihre geistige Zurechnungsfähigkeit mindert. Die Mutter ist daher dann nicht voll zur Verantwortung zu ziehen. Dieser Standpunkt wird denn auch auf Grund der medizinischen Forschung des vorigen Jahrhunderts vom österreichischen Strafgesetzbuch eingenommen[38]). Selbstverständlich auch von den Strafgesetzbüchern der Kantone der deutschen Schweiz, z. B. Basel, Zürich, Bern und Genf. Ihnen folgten die Kantone der romanischen Schweiz. Erwähnt seien wieder Freiburg und Vaudois. Am klarsten kommt die Schweizer Auffassung in dem Entwurf von 1918 zum Ausdruck, der den Tatbestand folgendermaßen faßt:

„Tötet eine Mutter vorsätzlich ihr Kind während der Geburt, oder solange sie unter dem Einfluß des Geburtsvorganges steht, so . . . (Art. 103)."

---

[37]) Das Bulgarische Strafgesetzbuch von 1896. (Sammlung auß. Strafgesetzb., Bd. XII, Berlin 1897.)

[38]) Näheres s. S. 36, 37 dieser Arbeit.

Auch Frankreich hat den Zustand der Gebärenden zum Privilegierungsgrund gemacht, nachdem es einmal seinen früheren Standpunkt aufgegeben hat. Vidal[39]) sagt zwar, der Gesetzgeber habe auf die „Situation" der Mutter keine Rücksicht genommen, da die Strafen andernfalls milder hätten ausfallen müssen. Da der Gesetzgeber aber nicht nur die uneheliche Mutter privilegiert hat, sondern in eben demselben Maße die eheliche Mutter, kann nur der seelische und körperliche Zustand der Mutter bei der Geburt für ihn maßgebend gewesen sein. Desgleichen war der Erregungszustand der Mutter im belgischen Strafrecht für die mildere Beurteilung ausschlaggebend gewesen[40]). — In England wird im Gesetz von 1922 der geschwächte Zustand und die damit zusammenhängende Verwirrung ausdrücklich hervorgehoben[41]). Ebenso in Polen, wo in Art. 226 gesagt wird: „Eine Mutter, die ihr Kind in der Zeit des Gebärens unter dem Einfluß seines Verlaufes tötet . . ."[42]) und im tschechischen Entwurf von 1926[43]), in dem der Tatbestand im Art. 274 wie folgt gefaßt ist: „Eine Mutter, die bei der Geburt oder gleich nachher in einem durch die Geburt und durch die Umstände, unter denen die Geburt stattfindet, hervorgerufenen außerordentlichen Geisteszustand ihr Kind absichtlich tötet oder daran teilnimmt, wird mit Gefängnis von 6 Monaten bis zu 3 Jahren oder mit Kerker von einem bis zu acht Jahren bestraft".

Die logische Folge dieser unbedingten Voranstellung des krankhaften Zustands müßte sein, daß die Privilegierung der ehelichen Mutter in dem gleichen Maße zugute käme wie der unehelichen Mutter, da sie in dem gleichen Maße unter der Geburt leidet. Im allgemeinen ist diese Konsequenz von den Strafgesetzgebern auch gezogen worden. Eine Ausnahme davon machen zunächst die Strafgesetzbücher der deutsch-schweize-

---

[39]) Cours De Droit, § 6.

[40]) Goedseels, Commentaire, S. 547, Nr. 1968.

[41]) Vgl. Anm. 13, S. 65 d. Arb.

[42]) Das Strafgesetzbuch für die Republik Polen vom 11. 7. 32 (deutsch). Warschau 1932.

[43]) Vorentwürfe eines Strafgesetzbuchs, Teil I, herausg. von der Kommission für die Reform des tschechsl. Strafrechts, Prag 1926.

rischen Kantone, da sie dem deutschen Recht folgen[44]). Sodann Belgien, das insoweit auch von der französischen Gesetzgebung abweicht. Nur die Mutter ist privilegiert, die das Verbrechen „sur son enfant illégitime" begeht.

Eine andere Grupe von Strafgesetzgebungen läßt nicht den Zustand der Gebärenden allein ausschlaggebend sein, da die Geburt die Zurechnungsfähigkeit keineswegs in sehr starkem Maße mindert, wie die neuere medizinische Forschung ergeben hat[45]). Sie stellt neben den Erregungszustand die in diesem Zustand besonders stark hervortretende Furcht vor Schande. Beides zusammen kann zu der Tötung des Kindes führen und läßt die Tat nicht so verwerflich erscheinen wie eine gemeine Tötung. Diese Ansicht wird in den österreichischen Entwürfen von 1909 und 1927 vertreten. Der erste Entwurf hebt dies im Abs. 2 des § 291 besonders hervor, indem er sagt:

„Hat die Mutter die Tat infolge schwerer Notlage oder um ihre Entehrung zu verheimlichen, verübt, so ist auf Gefängnis von 6 Monaten bis zu 5 Jahren zu erkennen."

Die Tötung aus den eben genannten Gründen zieht also eine nochmalige Privilegierung nach sich (da die allgemeine Strafe in Gefängnis von 1 bis zu 10 Jahren besteht. Das dänische Strafgesetzbuch[46]) drückt dies folgendermaßen aus:

„Si une mère tue son enfant au cours de l'accouchement ou immédiatement après, et qu'il soit à présumer qu'elle a agit dans un état de detresse, par peur du déshonneur, ou sous l'influence d'un état d'affaiblissement, d'affolement ou de trouble résultant de l'accouchement, elle est passible d'emprisonnement pour une durée pouvant s'elever à 4 ans."

Demselben Standpunkt nehmen die Strafgesetzbücher von Ungarn und der Tschechoslowakei und der griechische Entwurf von

---

[44]) Trotz vieler Vorstöße ist es von den deutschen Entwürfen bis 1925 immer abgelehnt worden, die Privilegierung auf die eheliche Mutter auszudehnen, da dies kriminalpolitischen wie moralischen Gesichtspunkten widersprochen hätte.

[45]) Vgl. dazu S. 51 ff. dieser Arbeit.

[46]) Code Pénal Danois v. 15. 4. 1930 (Collection des Lois pénales étrangères, Bd. II), Paris 1935.

1924[47]) ein. Grundsätzlich wird nach Ansicht dieser Strafgesetzbücher die Privilegierung nur der unehelich Gebärenden zuteil[48]), es sei denn, es gilt sowohl das eine wie das andere als Strafminderungsgrund, wie es in dem Gesetzbuch von Dänemark (Art. 238) und dem Entwurf Österreichs von 1909 vorgesehen ist.

Die finanzielle Notlage wird als gesetzlicher Milderungsgrund in den Tatbeständen selten erwähnt. Anerkannt wird sie als Privilegierungsgrund im Strafgesetzbuch Dänemarks, von Vaudois und wiederum im österreichischen Entwurf von 1909, aber auch im japanischen Entwurf[49]).

Möglich ist es auch in dem Ehrennotstand allein den Grund zur milderen Beurteilung zu finden. Dies ist insbesondere, wie schon von v. Liszt[50]) erwähnt, in den südromanischen Ländern der Fall. Also in Italien und Spanien[51]). Italien hebt dies bereits durch die Überschrift des Art. 578 hervor: Infanticidio per causa di onore". In beiden Staaten ist die Tötung eines Kindes in oder unmittelbar nach der Geburt dann privilegiert, wenn sie begangen wurde, um dadurch die Ehre zu retten, und nicht nur die eigene Ehre, sondern auch die Ehre naher Angehöriger[52]). Wir finden dieselbe Ansicht im türkischen Strafrecht vertreten, wo gemäß Art. 453 die vorsätz-

---

[47]) Aber auch Bulgarien, Lettland und Norwegen. Entwurf eines Griechischen Strafgesetzbuches von 1924 (Sammlg. a. StrGB., Bd. 47. Berlin-Leipzig 1928.)

[48]) Eine Ausnahme macht z. B. das StGB. der Tschechoslowakei, das beide Mütter privilegiert, jedoch mit Rücksicht auf die besonders schwierige Lage der unehelichen Mutter diese milder bestraft als die eheliche (Weber, Grundriß, § 70).

[49]) Vgl. unten S. 75.

[50]) Vergl. Darstellung, a. a. O.

[51]) Von den nordischen Ländern wird dieser Standpunkt nur vom niederländischen Strafrecht vertreten. Vgl. Zitat im Abs. 3.

[52]) Italien: Chiunque cagiona la morte di un neonato immediatamente dopo il parto, ovvero di un feto durante il parto per salvare l'onore proprio o di un prossimo congiunto è punito con la reclusione da tre a dieci anni (Il Nouvo Codice Pénale [Cassinelli] Roma 1931.) - Spanien: Art. 416. La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será casticada con la pena de prisión menor en sus gradus mínimo y medio. (Código Pénal Reformado vom 27. 11. 1932 [Manueles Reus De Derecho, Vol. LV] Madrid 1934.)

liche Tötung dann milder zu bestrafen ist, wenn sie begangen wurde, „um die eigene Ehre oder die Ehre der Ehefrau, der Mutter, der Tochter, der Enkelin, der Adoptivtochter oder der Schwester zu retten." Natürlich ist die Fassung des Tatbestandes in dem unter Einfluß des italienischen und spanischen Rechts entstandenen Strafrechten Südamerikas die gleiche, z. B. in Uruguay und Columbien. „La madre que. para oculta su deshonra . . . (Art. 369 des kolumbischen Strafgesetzbuchs) und „Sil il delito se cometiera sobre la persona de un niño menor de 3 dias, para salvar el proprio honor o el honor de conyuge . . . (Art. 312). Und überraschenderweise ist dies auch die Fassung des Tatbestandes des japanischen Entwurfs, während das japanische Recht im allgemeinen stark von deutschen Rechtsanschauungen beeinflußt ist. Allerdings ist der Ehrennotstand auch nicht das einzige Motiv, das eine Tötung entschuldbar erscheinen läßt. § 294 lautet:

„Wer, um die Schande seiner ganzen mit ihm oder seinem Ehegatten in aufsteigender Linie verwandten Familie zu verbergen, oder aus Furcht, das Kind nicht aufziehen zu können oder durch ein sonstiges besonders entschuldbares Motiv veranlaßt, bei der Entbindung oder sofort nach der Entbindung einen Säugling tötet, wird mit Zuchthaus von 2 bis 10 Jahren bestraft."

Somit können wir feststellen, daß alle möglichen Privilegierungsgründe in den Strafgesetzgebungen vertreten werden. Die Behandlung der Gründe als Tatbestandsmerkmal ist aber wiederum verschieden. Zum Teil sind die Tatbestandsmerkmale in dem Sinne, daß sie unbedingt gegeben sein müssen, um die Tötung zu einer privilegierten zu machen. Zum Teil werden die Gründe vom Gesetzgeber einfach präsumiert. Letzteres ist immer bei der Annahme eines krankhaften Zustandes der Fall[53]), während die Tötung zur Rettung der Ehre erst bewiesen wer-

---

[53]) z. B. im deutschen Recht und im österreichischen Recht. „Die mildere Strafbestimmung beruht auf der durch die Geburtswehen verursachten Gemütserregung der Mutter. Dabei wird ein jede Überlegung unterdrückender, die Willenskraft lähmender Geistes- und Gemütszustand vorausgesetzt." (Altmann-Jokob, Komm., § 139, 1.)

den muß, ebenso wie das Vorhandensein der Furcht vor finanziellem Notstand. Daher ist es auch in den Gesetzen Italiens und Spaniens usw. ausdrücklich gesagt: die Tötung ist privilegiert, wenn sie begangen wurde, um die Mutter oder Angehörige vor Schande zu bewahren. Eine Ausnahme von der ersten Gruppe macht England, das einen krankhaften Zustand zwar als einzigen Milderungsgrund anerkennt, diesen Zustand aber nicht in jedem Fall ohne weiteres für gegeben hält, denn das Gesetz sagt: „. . . but of the time of the act or omission she had not fully recovered from the effect of giving birth to such child, and by reason thereof the ballance of her mind was then disturbed . . .".

5. Die weitere Behandlung des Verbrechens ergibt sich aus den der Privilegierung zugrundeliegenden Gründen. Soweit der Milderungsgrund der Zustand der Mutter ist, kann die Privilegierung nur der Mutter und niemandem sonst zugutekommen. Dann aber auch der ehelichen wie der unehelichen Mutter. Soweit dem körperlichen und seelischen Zustand nur eine geringe Bedeutung zugemessen wird, und letztlich die Furcht vor Schande die Milderung herbeiführt, kann die eheliche Mutter die Milderung für sich nicht beanspruchen und die uneheliche ist die allein privilegierte. Ganz anders aber liegt der Fall, wenn das Milderungsmotiv einzig und allein die Ehrenrettung bildet und zwar nicht nur die Rettung der eigenen Ehre, sondern auch die naher Verwandter. Dann können auch dritte Personen Subjekt des Verbrechens sein[54]). Allerdings nicht jeder, sondern nur derjenige, der ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung der Ehre der unehelichen Mutter besitzt. Daher wird auch im spanischen Recht im Abs. 2 des Art. 416 ausdrücklich gesagt: „En la misma pena incurian los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delitio." Italien dehnt die Privilegierung auf alle Prossimi congiunti

---

[54]) In den vorliegenden Fällen: Italien, Spanien, Niederlande, Türkei, Japan usw. ist die eheliche Mutter zwar nicht ausdrücklich von der Privilegierung ausgeschlossen, es ergibt sich aber aus dem Motiv der Ehrenrettung, daß die Milderung nur für die uneheliche Mutter und deren Angehörige vorgesehen ist.

(Blutsverwandte) aus und noch weiter geht das türkische Recht, das auch dem Ehemann und den Adoptiveltern die Privilegierung zubilligt[55]).

III. Die privilegierte Kindesaussetzung.

Die privilegierten Tatbestände der Kindesaussetzung hängen zwar weder mit dem Delikt der Tötung strafrechtlich zusammen noch ist ihre Behandlung für eine weitere Erörterung der Kindestötung notwendig. Es ist aber möglich, die Kindesaussetzung im engeren Sinne unter denselben Gesichtspunkten zu betrachten wie die Kindestötung, um dann zu demselben Ergebnis zu kommen. Denn dieselben Gründe, die eine Mutter zur Tötung ihres neugeborenen Kindes treiben, können sie auch zu einer Aussetzung veranlassen. Sie will das Kind, den Zeugen ihrer Entehrung, beseitigen. Wenn man die Kindestötung unter bestimmten Voraussetzungen privilegiert, dann ist es nur folgerichtig, auch die Aussetzung, ob mit oder ohne Tötungsvorsatz begangen, unter denselben Umständen zu privilegieren. Trotzdem haben sich nur wenige Staaten dazu entschlossen.

In Deutschland ist die Mutter, die ihr neugeborenes Kind aussetzt, nur dann gemäß § 217 privilegiert, wenn sie ausschließlich den dolus directus der Tötung besitzt.

Hier sollen aber kurz die Staaten erwähnt werden, die in Anlehnung an die privilegierte Kindestötung, auf Grund der obigen Erwägungen und mit Rücksicht darauf, daß die Aussetzung neugeborener Kinder zumeist auf eine Tötung hinausläuft, einen besonderen privilegierten Kindesaussetzungstatbestand geschaffen haben. Insbesondere ist dies in den Staaten der Fall, bei denen das Motiv der Ehrenrettung zur Privilegierung führte. Hier ist einmal der Art. 259 des niederlän-

---

[55]) Ähnlich Art. 369 vom kolumbischen Strafgesetzbuch: „En ignal sanción incuriá et que cometa el hecho previsto en el inciso auterior para ocultar la deshonra de su madre, descendiente hija adoptiva o hermana". Und Art. 312 vom uruguayschen StGB.: „Se entienden par parientes proximos los padres y los hijos legítimos o naturales, reconocidos o declarados tales, los adoptivos y también los hermanos legítimos". Der japanische Entwurf privilegiert nur die mit ihm oder sei-

dischen Strafgesetzbuchs zu nennen, der die Mutter dann privilegiert, wenn sie das Kind kurz nach der Geburt unter der Furcht vor Entdeckung aussetzt oder unter diesem Einfluß das Kind verläßt, um sich dessen zu entledigen[56]). Der legislative Grund der Privilegierung ist die Furcht vor Entdeckung. Daher tritt die Privilegierung auch nur ein, wenn diese Furcht tatsächlich vorlag und die mildere Behandlung wird sinngemäß nur der unehelichen Mutter zuteil. Klarer wird der Ehrennotstand als Motiv im türkischen Strafgesetzbuch ausgedrückt, denn § 475 sagt: „Wird die Aussetzung an einem unehelichen Kinde innerhalb von 5 Tagen nach der Geburt begangen, um die eigene Ehre oder die Ehre der Ehefrau oder der Mutter oder der Tochter oder der Enkelin oder der Schwester zu retten", so ermäßigt sich die Strafe um ein Sechstel bis ein Drittel. Hier wird den Adoptiveltern nicht die Privilegierung zuteil wie bei der Tötung, aber sie wird auch hier nicht auf die uneheliche Mutter allein beschränkt, sondern auf die näheren Verwandten erstreckt, die an der Erhaltung der Ehre ein berechtigtes Interesse haben. Aus demselben Grunde privilegiert das italienische und das von ihm beeinflußte Strafrecht Kolumbiens und Uruguays das Delikt. Dagegen nicht das spanische, wo das Ehrenmotiv bei der Tötung doch auch die ausschlaggebende Rolle spielt. Italien privilegiert alle Blutsverwandten, sofern sie aus dem Ehrenmotiv gehandelt haben[57]), Kolumbien auch den Ehegatten und die Adopitiveltern[58]), desgleichen Uruguay, wobei im kolumbischen Recht wieder als Tatbestandsmerkmal gefordert ist, daß das Kind noch nicht in das Familienstandsregister eingetragen sein darf, da sonst das Ehrenmotiv nicht mehr angenommen werden kann. Aber nicht nur in Staaten, wo das Motiv der Ehrenrettung im Vordergrund steht, wird die

---

[56]) Indien de moeder onder de werking vaan vrees voor de ontdekking van haar bevalling haar kind kort na de geboorte te vondeling legt of, met het oogmerk om er zich van te ontdoen verlaat, wordt . . .

[57]) Art. 592: Chiunque abbandona un neonato, subito dopo la nascita per salvare l'onore proprio o di un prossimo congiunto, è punito con la reclusione de tre mesi ad un anno".

[58]) Art. 395, Abs. II: „Si tal cosa se hiciere para salvar el honor propio o el de su madre, mujer, descendiente hija adoptiva o hermana, la sanción se reducirá a la mitad."

Aussetzung privilegiert, sondern teilweise auch in Staaten, für die der Zustand der Gebärenden allein maßgebend ist, denn eine Aussetzung läuft sehr häufig auf eine Tötung hinaus. Ein Gesichtspunkt, der übrigens auch im deutschen Recht nicht genügend beachtet wurde und daher im geltenden Recht zu großen Härten führen kann. Zu einer Privilegierung aus diesem Grunde haben sich Dänemark und Norwegen entschlossen, und auch vom österreichischen Entwurf im Jahre 1909 war sie vorgesehen gewesen, da die Aussetzung seitens der Mutter „unter der Einwirkung des Geburtsvorganges oder Notlage, oder um die Entehrung zu verheimlichen" (§ 303, III) „an den Kindesmord grenzt und dieselben Gründe sie zur Tat treiben"[59]). Norwegen zeigt schon in der Fassung des Tatbestandes die völlige gleiche Behandlung mit der Kindestötung.

§ 244: Eine Mutter, die binnen 24 Stunden das Verbrechen (Aussetzung) gegen ihr uneheliches Kind begeht, wird in keinem Fall strenger als nach § 234 (Kindestötung) bestraft."

Norwegen läßt nur der unehelichen Mutter die Privilegierung zuteil werden, während der österreichische Entwurf und auch Dänemark jeder Mutter die mildere Behandlung einräumen[60]).

Es zeigt sich sonach, daß es im Vergleich zu der Kindestötung nur vereinzelte Staaten sind, die auch die Aussetzung neugeborener Kinder aus irgendwelchen Gründen privilegieren. Der Grund dafür kann vielleicht darin gesehen werden, daß sich die Wissenschaft mit dieser Frage weniger als mit der Kindestötung beschäftigt hat.

C. Die Kindestötung im kommenden Strafrecht.

Die obige Darstellung stellt im großen gesehen den heutigen Stand der rechtlichen Behandlung der Kindestötung im Ausland dar. Wie wir sehen konnten, ist dort die rechtliche Behandlung

---

[59]) Erläut. Bem. 2. Teil, § 303.

[60]) Art. 251: Une femme qui, lors de son accouchement, expose d'une manière injustifiable, son enfant à un danger sérieux, . . . Bei Versuch kann die Strafe erlassen werden, falls das Kind keinen Schaden erlitten hat.

des Verbrechens grundsätzlich dieselbe wie in Deutschland. Demgegenüber soll im folgenden der Standpunkt des Nationalsozialismus dargetan werden. Mit dem Siege des Nationalsozialismus zeigte sich wiederum, daß eine herrschende Weltanschauung gerade das Strafrecht am meisten und schnellsten beeinflußt. Schon im Jahre 1933 wurde eine Kommission eingesetzt, deren Aufgabe es war, das Strafrecht nach nationalsozialistischen Gedanken neu zu gestalten. Diese Gedanken finden auch in der Behandlung des Verbrechens der Kindestötung ihren Ausdruck und zwar in der Art, daß die Kommission auf Grund dieser Ideen davon absah, einen besonderen Tatbestand für die Kindestötung zu schaffen, diese also nicht mehr als delictum sui generis behandelte, sondern in die allgemeine Tötungsdelikte einordnete. Auch Gummersbach[1]) hatte schon die Frage aufgeworfen, ob ein besonderer Tatbestand für die Kindestötung überhaupt notwendig wäre, oder ob man nicht mit einem allgemeinen Tötungsdelikt auskommen könne. Und er bejaht leztere Erwägung. Zumindest sei nicht aus dem Gesichtspunkt eines gestörten seelischen Gleichgewichts heraus das Verbrechen als ein besonderes zu behandeln, denn soweit ein gestörtes seelisches Gleichgewicht überhaupt angenommen werden könnte, so liege dies bei anderen Delikten z. B. Sexualdelikten, ebenfalls vor, ohne daß sie privilegiert würden. Im übrigen könne man nicht alle Kindestötungen unter einen Gesichtspunkt zusammenfassen. Auch bei diesen Verbrechen sei Mord möglich und sogar, wie teilweise behauptet wird[2]), die übliche Ausführungsart.

Diese Erwägungen Gummersbach' sind in jeder Hinsicht zu unterstützen.

Für die Strafrechtskommission waren bei Beseitigung des besonderen Tatbestandes folgende Erwägungen maßgebend: Der Strafrahmen für das Tötungsdelikt ist so weit gefaßt, daß es möglich ist, „auf alle Hilfstatbestände, sogen. geschärfte oder privilegierte Fälle des Tötungsdelikts zu verzichten"[3].) Es kann

---

[1]) Kindesmord und Kindestotschlag, ZStrW. 54, S. 232.
[2]) z. B. Groß, Handb. S. 864 und Arch., Bd. 26, S. 75.
[3]) Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil 1936, S. 374.

mithin im Rahmen des Strafmaßes auch die besondere Lage der unehelichen Mutter bei Ausübung der Tat berücksichtigt werden. Eine weitere Erwägung war, daß bei Behandlung der Tatbestände nicht so sehr die Rücksicht auf den Täter maßgebend sein mußte, als vielmehr die Rücksicht auf die Volksgemeinschaft in ihrer Gesamtheit. Es wurde dabei nicht übersehen, daß die Kindesmörderin sich zumeist in einer besonderen zu berücksichtigenden Lage befindet und daher eine gewisse Nachsicht am Platze ist[4]). Dies darf aber schließlich nicht so weit gehen, daß vor lauter Verständnis für die Täterin der Wert des Objekts, d. h. des Kindes für die Volksgemeinschaft unbeachtet bleibt. Denn wenn das neue Leben geschützt wird, dann nicht nur wegen der Achtung vor dem Leben überhaupt, sondern im besonderen wird hier ein Bestandteil und Träger unseres Volkes geschützt. Gleispach begründet die Beseitigung des Verbrechens als delictum sui generis im „Kommenden deutschen Strafrecht", S. 376, wie folgt:

„In der Tat liegen in dem hohen Wert des Kindes für die Volksgemeinschaft in seiner völligen Hilflosigkeit und in der völligen Verleugnung der Mutterpflichten durch die Kindesmörderin so gewichtige Gründe für einen starken Schutz des Neugeborenen und eine nachdrückliche Verurteilung der Täterin, daß das Strafgesetzbuch des neuen Reiches nicht gerade diesen Fall als einen milde zu bestrafenden hervorheben kann. Es darf nicht der Anschein erweckt werden, als ob das Leben des Neugeborenen von minderem Wert sei und der Typus der Kindesmörderin im Lichte Gounodscher Verklärung Margarethens gesehen werde. Dieser grundsätzliche Standpunkt schließt es keineswegs aus, bei der Strafbemessung im einzelnen Fall darauf Rücksicht zu nehmen, wenn sich die Einwirkungen des Geburtsvorganges auf die Psyche der Täterin vorübergehend bis zu dem Zustand verminderter Zurechnungsfähigkeit gesteigert haben, oder die Täterin vom Erzeuger des Kindes verlassen und von schwerer Notlage oder Schande bedroht war. Der schon angeführte allgemeine Strafrahmen gibt ausreichende

---

[4]) Dies wurde auch schon in d. preuß. Denkschrift betont. Kap. III 1 (S. 65).

Möglichkeit dafür, in solchen Fällen mit der Strafe herabzugehen. Der hohe Wert des angegriffenen Rechtsgutes muß aber auch noch in diesen Fällen gewahrt werden."

Ebenso wichtig wie im geltenden Recht, ja vielleicht noch wichtiger als dort, ist im kommenden Strafrecht die Abgrenzung von Abtreibung und Tötung, da, sobald eine Tötung vorliegt, nicht mehr die Strafe eines privilegierten Verbrechens eintritt, sondern evtl. die des Morde. — Im geltenden Recht ist durch § 217 die Tötung während der Geburt bereits für strafbar erklärt. Nicht so im kommenden Strafrecht, wo die Tötung während der Geburt nicht ausdrücklich erwähnt wird. Da bei uns aber nicht ein Rechtszustand entstehen darf, wie er in England bis vor kurzer Zeit bestand, wo zwar die Tötung eines Menschen und die Abtreibung der Leibesfrucht strafbar waren, nicht dagegen die Tötung eines Kindes während der Geburt[5]), sondern auch die Tötung während der Geburt strafrechtlich erfaßt werden muß, kann es sich nur darum handeln, festzustellen, ob diese Tötung als Tötung im technischen Sinne oder als Abtreibung strafbar sein soll. Dies erfordert wiederum die Feststellung, von welchem Moment an ein Mensch vorhanden sein, wo die Grenze zwischen Frucht und Mensch gezogen wersoll. Die Tötung des „Menschen" wird nach den strafrechtlichen Tötungsdelikten beurteilt, die Tötung der Frucht bis zur Menschwerdung ist dann als Abtreibung strafbar.

Wo aber soll die Grenze zwischen Tötung und Abtreibung liegen? Soll im kommenden Recht auch schon mit dem Einsetzen der Wehen das Vorhandensein eines Menschen angenommen werden, oder erst in einem späteren Zeitpunkt, evtl. erst mit der Vollendung der Geburt?

Erst die Vollendung der Geburt als Grenze zwischen Abtreibung und Tötung anzunehmen, würde den Schutz des Kindes zu spät eintreten lassen. Denn das werdende Leben muß so früh wie möglich geschützt werden. Dies geschieht zwar schon durch die Strafbarkeit der Abtreibung, aber der Schutz ist wirksamer, wenn schon möglichst früh die Strafe wegen Tötung oder gar

---

[5]) vgl. hierzu das Nähere S. 64, 65 dieser Arbeit.

Mordes eintritt. Denn in der Vorstellung des Volkes scheint eine Abtreibung weniger verwerflich als eine Tötung. Wiederum aber darf das Vorhandensein eines Menschen nicht zu früh angenommen werden und die Verurteilung der Mutter wegen eines Tötungsdeliktes nicht zu früh erfolgen, im Hinblick auf die bedeutend schwerer wiegenden Folgen einer Tötung im kommenden Strafrecht. Jedenfalls wird man einen Menschen noch nicht mit dem Einsetzen der Wehen annehmen können, einmal, weil mit der Frucht beim Einsetzen der Wehen keine Änderung vor sich geht, die die Annahme eines Menschen von diesem Augenblicke an rechtfertigen würde, sodann aber auch, weil die Mutter in diesem Moment zumeist besonders unüberlegt handelt. Die Folgen der Geburt, die die Mutter zur Vernichtung treiben, werden ihr in diesem Augenblick besonders kraß erscheinen, da sich die Folgen zu verwirklichen beginnen. Daher sollte eine Tötung in diesem Moment noch nicht die schweren strafrechtlichen Folgen nach sich ziehen. Es könnte vielleicht der Beginn des Austritts der Frucht aus dem Mutterleib als maßgebliche Unterscheidung zwischen Frucht und Mensch angesehen werden. Jedenfalls würde es sich rechtfertigen lassen, die Grenze zwischen beiden nach dem Beginn der Wehen und vor die Vollendung der Geburt zu legen.

Ein anderes Problem, das hier gleichfalls zu erörtern ist, ist die Behandlung des Verhältnisses von Tötung und Aussetzung im Falle des Rücktritts vom Tötungsversuch im kommenden Strafrecht. Sie darf nicht wieder, wie im geltenden Recht, zu unbilligen Ergebnissen führen. Einen Rücktritt im heutigen Sinn wird es allerdings im kommenden Recht nicht mehr geben, da die unterschiedliche Behandlung des Versuchs und der Vollendung fortfällt. Rücktritt und tätige Reue werden zusammenfallen, so daß nur letztere noch eine Rolle spielt. Wie ist diese im Verhältnis der beiden Delikte zu behandeln? Freisler bemerkt mit Recht[6]), daß eine Strafe weder als Sühne noch als Sicherung erforderlich sein wird, wenn der Täter vor Vollendung des Verbrechens durch Handlungen, die den Eintritt des Erfolges verhindert haben, beweist, daß er die Tat nicht mehr

[6]) Gürtner, Kommendes Strafrecht, S. 37.

will, daß sein verbrecherischer Wille nicht mehr besteht. Allerdings soll der Täter auch in diesem Fall keinen Anspruch auf Straffreiheit haben. Daher ist nur die Möglichkeit einer solchen vorgesehen. Ob sie gewährt wird, liegt allein im Ermessen des Richters. Immerhin kann aber unter diesen Umständen bei der Mutter, die ihr Kind in der Absicht der Tötung aussetzt, und dann den Erfolg des Todes freiwillig verhindert, indem sie das Kind wieder zu sich nimmt, trotz Vollendung der in der versuchten Tötung enthaltenen Aussetzung von einer Strafe abgesehen oder die Strafe gemildert werden. Wie aber soll die Mutter behandelt werden, die ihr Kind aussetzt in der Hoffnung, daß es gerettet werde und es schließlich doch zurückholt, weil ihr eine Rettung zweifelhaft erscheint. Sie hat die Aussetzung zwar vollendet, hat aber doch den beabsichtigten Erfolg, die Gefährdung des Lebens des Kindes, freiwillig abgewendet. Soll sie unbedingt mit der gesetzlich vorgesehenen Strafe bestraft werden oder muß man hier nicht dem Richter ebenfalls die Möglichkeit geben, von einer Strafe abzusehen oder diese zu mildern?

Grundsätzlich wird man die mildere Behandlung nur dem zugutekommen lassen können, der das Delikt noch nicht vollendet hat und den Erfolg freiwillig abwendet. Es wäre aber zu überlegen, ob die Möglichkeit einer Strafmilderung oder gar Straffreiheit nicht auch in einigen anderen Fällen, und zwar dort vorgesehen werden sollte, wo der Erfolg der Verletzung nach Vollendung des Delikts noch abgewendet werden kann, wie bei den Gefährdungsdelikten und tatsächlich freiwillig abgewendet wird. Wenn die Täterin die Aussetzung z. B. schon vollendet hat, dann aber das Kind freiwillig wieder zu sich nimmt, weil sie die Tat gereut und sie dadurch die Gefährdung des Lebens beseitigt, wäre es durchaus gerecht, wenn der Richter auch hier die Möglichkeit hätte, von einer Bestrafung abzusehen. Denn moralisch zumindest ist diese Mutter weniger zu verurteilen als die, die ihr Kind in Tötungsabsicht ausgesetzt hatte. Ob eine solche Möglichkeit vorgesehen wird, wird abgewartet werden müssen.

D. Schluß.

Es ist in dem Vorhergehenden aufgezeigt worden, wie sich das Verbrechen in Deutschland allmählich zu einem privilegierten entwickelte, wie der Höhepunkt der Privilegierung zusammenfällt mit der Blütezeit des Liberalismus und der Ohnmacht der Staatsgewalt. Wir haben weiter gesehen, wie mit dem Verschwinden des ersteren auch die Privilegierungsbestrebungen aufhörten und statt dessen wieder der Wert des zu schützenden Rechtsgutes, des Kindes, von der Strafgesetzgebung beachtet wurde. Nicht in dem Sinne wie im Mittelalter, wo der Grund der harten Bestrafung in der von der Kirche erzeugten Vorstellung lag, daß jede Seele der Kirche und für ein gottgefälliges Leben zu erhalten sei. Daher war oftmals auch die Tötung eines noch nicht getauften Kindes strafbarer als die eines getauften, da im ersten Falle dem Himmel eine Seele verloren gegangen war. Der Nationalsozialismus schützt aber das junge Menschenleben nicht aus irgendwelchen weltabgewandten Gründen, sondern weil jedes Menschenleben einen Wert für das diesseitige Leben darstellt und weil er den Wert des Kindes für die Volksgemeinschaft wieder erkannt hat.

Wir haben ferner feststellen können, wie die Entwicklung dieses Verbrechens im Auslande teils parallel, teils gegenteilig verlief, wie sich aber allmählich die strafrechtlichen Grundsätze fast überall angeglichen haben, bedingt durch die überall zur Herrschaft gelangten liberalistischen Ideen. So verschieden die einzelnen Auffassungen und Fassungen von diesem Verbrechen sind, so einig sind sich fast alle Staaten in dem großen übergeordneten Gedanken der Privilegierung dieses Verbrechens. Und diese Privilegierung wird so lange bestehen bleiben, als die liberalistisch-individualistischen Ideen in diesen Staaten herrschen.

Lebenslauf.

Ich bin am 31. 12. 1913 in Berlin geboren. Von 1920 bis 1933 besuchte ich zunächst 4 Jahre die Grundschule, sodann das Elisabeth-Christinen-Lyzeum und das Luisen-Oberlyzeum in Berlin. Mein 6 semestriges juristisches Studium absolvierte ich ausschließlich in Berlin, wo ich auch am 18. 12. 1936 das erste juristische Staatsexamen machte. Z. Zt. bin ich als Referendarin auf dem Amtsgericht in Bernau/Berlin tätig.

Druck: Paul Plischke, Breslau 1.